ARREST VAN HET GERECHT (Vierde kamer)

21 maart 2012*

„Gemeenschapsmerk — Nietigheidsprocedure — Gemeenschapsbeeldmerk FS — Kwade trouw van aanvrager — Artikel 51, lid 1, sub b, van verordening (EG) nr. 40/94 [thans artikel 52, lid 1, sub b, van verordening (EG) nr. 207/2009]"

In zaak T-227/09,

Feng Shen Technology Co. Ltd, gevestigd te Guieshan Township (Taiwan), vertegenwoordigd door P. Rath en W. Festl-Wietek, advocaten,

verzoekster,

tegen

Bureau voor harmonisatie binnen de interne markt (merken, tekeningen en modellen) (BHIM), vertegenwoordigd door A. Folliard-Monguiral als gemachtigde,

verweerder,

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

Jarosław Majtczak, wonende te Łódź (Polen), aanvankelijk vertegenwoordigd door J. Wyrwas, vervolgens door J. Radłowski, advocaten,

betreffende een beroep tegen de beslissing van de vierde kamer van beroep van het BHIM van 1 april 2009 (zaak R 529/2008-4) inzake een nietigheidsprocedure tussen Feng Shen Technology Co. Ltd en J. Majtczak,

wijst HET GERECHT (Vierde kamer),

samengesteld als volgt: I. Pelikánová, president, K. Jürimäe en M. van der Woude (rapporteur), rechters,

griffier: S. Spyropoulos, administrateur,

gezien het op 10 juni 2009 ter griffie van het Gerecht neergelegde verzoekschrift,

gezien de op 24 november 2009 ter griffie van het Gerecht neergelegde memorie van antwoord van het BHIM,

* Procestaal: Engels.

gezien de op 28 november 2009 ter griffie van het Gerecht neergelegde memorie van antwoord van interveniënt,

gezien de op 1 april 2010 ter griffie van het Gerecht neergelegde repliek,

gezien de op 29 juni 2010 ter griffie van het Gerecht neergelegde dupliek,

na de terechtzitting op 18 oktober 2011,

het navolgende

Arrest

Voorgeschiedenis van het geding

1 Verzoekster, Feng Shen Technology Co. Ltd, is een Taiwanese vennootschap die diverse artikelen, waaronder ritssluitingen, produceert en distribueert. Zij is houder van verschillende Taiwanese merken voor met name waren van klasse 26 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. Deze waren zijn omschreven als „Ritssluitingen" en verzoeksters merken bestaan uit het volgende beeldteken:



2 In 2000 heeft verzoekster handelsrelaties aangeknoopt met interveniënt, J. Majtczak, die in Polen commerciële activiteiten onder de handelsbenaming „P H U Berotex" uitoefende.

3 In verschillende e-mails die interveniënt met verzoekster heeft uitgewisseld, heeft hij verwezen naar verzoeksters catalogus van ritssluitingen. Op de facturen die verzoekster in haar handelsrelaties met interveniënt opstelde, werden de oudere Taiwanese merken met het symbool ® vermeld.

4 De handelsrelatie die verzoekster en interveniënt onderhielden, werd eind januari 2005 beëindigd.

5 Verzoekster heeft voor Polen een beroep op een andere distributeur gedaan, namelijk de vennootschap Pik Foison sp. z o.o., die in 2004 is opgericht.

6 Op 7 juni 2005 heeft interveniënt bij het Bureau voor harmonisatie binnen de interne markt (merken, tekeningen en modellen) (BHIM) een gemeenschapsmerkaanvraag ingediend op grond van 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 gemeenschapsmerk (PB L 78, blz. 1)].

7 Het merk is op 15 mei 2006 onder nummer 4431391 aangevraagd voor waren van klasse 26 in de zin van de Overeenkomst van Nice, die zijn omschreven als „Ritssluitingen". Het aangevraagde merk bestaat uit het volgende beeldteken:



8 Op 29 september en 2 oktober 2006 heeft de Poolse douane, op verzoek van interveniënt, partijen ritssluitingen met de oudere Taiwanese merken in beslag genomen bij Pik Foison.

9 Op 17 oktober 2006 heeft verzoekster op grond van artikel 51, lid 1, sub b, van verordening nr. 40/94 [thans artikel 52, lid 1, sub b, van verordening (EG) nr. 207/2009] een vordering tot nietigverklaring van het onder nummer 4431391 ingeschreven merk ingediend omdat interveniënt te kwader trouw was bij de indiening van de merkaanvraag. Verzoekster heeft met name aangevoerd dat interveniënt wist dat verzoekster in de Europese Unie een uit de hoofdletters „F" en „S" bestaand teken gebruikte als merk voor ritssluitingen, en dat de inschrijvingsaanvraag van het bestreden merk werd ingediend om dit gebruik te beletten.

10 Op 24 januari 2008 heeft de nietigheidsafdeling de vordering tot nietigverklaring afgewezen.

11 Op 25 maart 2008 heeft verzoekster bij het BHIM beroep ingesteld tegen de beslissing van de nietigheidsafdeling.

12 Bij beslissing van 1 april 2009 (hierna: „bestreden beslissing") heeft de vierde kamer van beroep van het BHIM het beroep verworpen. Zij heeft allereerst opgemerkt dat er geen wettelijke omschrijving van het begrip kwade trouw bestaat en dat het, in het algemeen, gaat om gedrag dat strijdig is met de eerlijke handelsgebruiken.

13 Vervolgens heeft de kamer van beroep geoordeeld dat een aanvrager bij het indienen van een merkaanvraag te kwader trouw kan handelen wanneer hij, door de rechtstreekse betrekkingen die hij met een derde onderhoudt, weet dat deze derde te goeder trouw en legaal een gelijk merk gebruikt voor soortgelijke waren of diensten buiten het grondgebied van de Unie. De kamer van beroep heeft in dit verband verduidelijkt dat de bewijslast van het bestaan van kwade trouw in een dergelijk geval rust op diegene die nietigverklaring van het gemeenschapsmerk vordert.

14 De kamer van beroep was van oordeel dat verzoekster in het onderhavige geval geen bewijs van kwade trouw heeft geleverd, en heeft in dit verband de zes hierna uiteengezette overwegingen aangevoerd.

15 In de eerste plaats stemmen de oudere Taiwanese merken en het bestreden merk visueel niet overeen en heeft verzoekster niet aangetoond dat zij de oudere Taiwanese merken had gebruikt vóór de datum van indiening van het bestreden merk (punt 16 van de bestreden beslissing).

16 In de tweede plaats produceerde verzoekster uitsluitend ritssluitingen voor interveniënt volgens de door hem bezorgde specificaties (punt 18 van de bestreden beslissing).

17 In de derde plaats is interveniënt zelf in Polen in 2000 ritssluitingen beginnen te verhandelen en heeft hij daarop het met het bestreden merk overeenstemmend teken aangebracht, dat ondertussen in Polen als gemeenschapsmerk was beschermd (punten 19 en 22 van de bestreden beslissing).

18 In de vierde plaats heeft verzoekster niet aangetoond dat zij zelf had gepoogd haar ritssluitingen tussen 2000 en 2005 in de Unie te verhandelen (punt 20 van de bestreden beslissing).

19 In de vijfde plaats heeft verzoekster vóór de indieningsdatum van het bestreden merk geen belangstelling getoond voor bescherming van een uit de hoofdlettergroep „FS" bestaand teken in de Unie (punt 22 van de bestreden beslissing).

20 In de zesde plaats was interveniënt wettelijk niet ertoe gehouden verzoekster vooraf te informeren van zijn intentie om inschrijving van het bestreden merk te vragen (punt 22 van de bestreden beslissing).

21 Op basis van deze overwegingen heeft de kamer van beroep in punt 24 van de bestreden beslissing besloten dat interveniënt niet te kwader trouw was bij de indiening van de inschrijvingsaanvraag.

Procesverloop en conclusies

22 Verzoekster concludeert dat het het Gerecht behage:

— de bestreden beslissing te vernietigen;

— het bestreden merk nietig te verklaren;

— het BHIM te verwijzen in de kosten.

23 Het BHIM en interveniënt concluderen in wezen dat het het Gerecht behage:

— het beroep te verwerpen;

— verzoekster te verwijzen in de kosten.

In rechte

Voor het eerst voor het Gerecht overgelegde stukken

24 Ter terechtzitting heeft het BHIM de ontvankelijkheid betwist van de bewijsstukken die voor het eerst voor het Gerecht zijn overgelegd, te weten de documenten die niet voorkwamen in het dossier van het BHIM en die verzoekster en interveniënt bij de repliek en dupliek hebben gevoegd, met uitzondering van de documenten die in antwoord op de vragen van het Gerecht zijn overgelegd.

25 In dit verband dient eraan te worden herinnerd dat het bij het Gerecht ingestelde beroep de wettigheidscontrole van de beslissingen van de kamers van beroep beoogt in de zin van artikel 63 van verordening nr. 40/94 (thans artikel 65 van verordening nr. 207/2009) en dat, in het nietigheidscontentieux, de wettigheid van de bestreden handeling moet worden beoordeeld aan de hand van de feiten en de rechtstoestand die bestonden op de datum waarop de handeling werd gesteld. Het is derhalve, volgens vaste rechtspraak, niet de taak van het Gerecht, de feiten opnieuw te onderzoeken tegen de achtergrond van bewijsmateriaal dat voor het eerst voor hem wordt overgelegd. Dergelijke stukken toelaten zou immers in strijd zijn met artikel 135, lid 4, van het Reglement voor de procesvoering van het Gerecht, volgens hetwelk de memories van de partijen geen wijziging kunnen

brengen in het onderwerp van het geschil voor de kamer van beroep [arrest Gerecht van 11 november 2009, Frag Comercio Internacional/BHIM — Tinkerbell Modas (GREEN by missako), T-162/08, niet gepubliceerd in de Jurisprudentie, punt 17 en aldaar aangehaalde rechtspraak].

26 Hieruit volgt dat de door verzoekster en interveniënt voor het eerst voor het Gerecht overgelegde documenten, in de bijlagen bij de repliek en de dupliek, niet in overweging mogen worden genomen en bijgevolg moeten worden geweerd.

Vordering tot vernietiging van de bestreden beslissing

27 Verzoekster voert één enkel middel aan, schending van artikel 51, lid 1, sub b, van verordening nr. 40/94.

28 Volgens verzoekster is er sprake van kwade trouw in de zin van deze bepaling wanneer de merkaanvrager door inschrijving van zijn merk „de hand wil leggen" op het merk van een derde met wie hij contractuele of precontractuele relaties heeft onderhouden. Verzoekster voert aan dat het geheel van interveniënts gedragingen in die zin kwade trouw uitmaakt. Zij benadrukt met name dat zij de oudere Taiwanese merken sinds 2000 in de Europese Unie gebruikte en dat interveniënt van dit gebruik op de hoogte was.

29 Het BHIM is van mening dat niet werd aangetoond dat de inschrijving van het bestreden merk enkel tot doel had verzoekster te verhinderen waren met de oudere Taiwanese merken in de Unie in te voeren. Interveniënt heeft het bestreden merk immers daadwerkelijk gebruikt om de commerciële herkomst van zijn eigen waren aan te duiden.

30 Interveniënt ontkent kennis te hebben gehad van de oudere Taiwanese merken voor ritssluitingen. Hij stelt dat verzoekster ritssluitingen produceerde volgens zijn specificaties. Hij voegt daaraan toe dat hij het bestreden merk in december 1999 heeft doen ontwerpen en sinds 2000 op de Poolse markt heeft ontwikkeld.

31 Allereerst moet eraan worden herinnerd dat het stelsel van het gemeenschapsmerk berust op het principe volgens hetwelk een uitsluitend recht wordt verleend aan de eerste inschrijver, zoals verwoord in artikel 8, lid 2, van verordening nr. 40/94 (thans artikel 8, lid 2, van verordening nr. 207/2009). Volgens dit principe kan een teken slechts als gemeenschapsmerk worden ingeschreven voor zover een ouder merk hiervoor geen beletsel vormt, ongeacht of het gaat om een gemeenschapsmerk, een merk ingeschreven in een lidstaat of door het Benelux-Bureau voor de Intellectuele Eigendom, een merk ingeschreven ingevolge internationale overeenkomsten met werking in een lidstaat of een merk ingeschreven ingevolge internationale overeenkomsten met werking in de Unie. Daarentegen vormt het loutere gebruik door een derde van een niet-ingeschreven merk geen beletsel voor de inschrijving van een gelijk of overeenstemmend merk als gemeenschapsmerk, voor dezelfde of soortgelijke waren of diensten. Dezelfde vaststelling geldt in beginsel voor het gebruik door een derde van een buiten de Unie ingeschreven merk.

32 Deze regel wordt genuanceerd door met name artikel 51, lid 1, sub b, van verordening nr. 40/94, volgens hetwelk een gemeenschapsmerk op vordering bij het BHIM of op reconventionele vordering in een inbreukprocedure nietig wordt verklaard wanneer de aanvrager te kwader trouw was bij de indiening van de merkaanvraag. Het komt toe aan diegene die de vordering tot nietigverklaring heeft ingesteld en die zich op deze grond wenst te baseren, om de omstandigheden te bewijzen op basis waarvan kan worden besloten dat de houder van een gemeenschapsmerk te kwader trouw was bij de indiening van de inschrijvingsaanvraag.

33 In zijn arrest van 11 juni 2009, Chocoladefabriken Lindt & Sprüngli (C-529/07, Jurispr. blz. I-4893; hierna: „arrest Lindt Goldhase"), preciseert het Hof op een aantal punten hoe het in artikel 51, lid 1, sub b, van verordening nr. 40/94 bedoelde begrip kwade trouw moet worden uitgelegd. Zo wijst het

Hof er in punt 53 van dit arrest op dat de kwade trouw van de aanvrager, in de zin van deze bepaling, globaal moet worden beoordeeld met inachtneming van alle relevante factoren van het concrete geval en met name:

— 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.

34 Het Hof heeft in het arrest Lindt Goldhase, punt 33 supra (punt 44), tevens aangegeven dat het oogmerk om de verkoop van een waar te beletten, in bepaalde omstandigheden op kwade trouw van de aanvrager kan wijzen. Dat is met name het geval wanneer achteraf blijkt dat hij een teken als gemeenschapsmerk heeft doen inschrijven zonder de bedoeling er gebruik van te maken, maar enkel om een derde de toegang tot de markt te verhinderen.

35 Daarentegen blijkt uit het arrest Lindt Goldhase, punt 33 supra (punten 48 en 49), dat de aanvrager ook een legitiem doel kan nastreven indien hij zich wenst te beschermen tegen de poging van een derde die als nieuwkomer op de markt wil profiteren van de reputatie van het teken van de aanvrager.

36 Niettemin volgt uit de bewoordingen van het arrest Lindt Goldhase, punt 33 supra, dat de hierboven opgesomde factoren slechts voorbeelden zijn van een geheel van elementen 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.

37 In het onderhavige geval heeft de kamer van beroep op basis van de zes in punt 14 hierboven uiteengezette overwegingen vastgesteld dat interveniënt niet te kwader trouw heeft gehandeld. Ze moeten bijgevolg worden afgewogen tegen verzoeksters argumenten.

38 In de eerste plaats resulteert de vaststelling in punt 16 van de bestreden beslissing dat het bestreden merk duidelijk verschilde van de oudere Taiwanese merken, slechts uit een oppervlakkige visuele vergelijking van de grafische elementen van beide merken.

39 Volgens vaste rechtspraak moet de gelijkheid of overeenstemming van twee tekens, waarnaar het arrest Lindt Goldhase, punt 33 supra (punt 53), verwijst, echter worden onderzocht aan de hand van de visuele, fonetische of begripsmatige overeenstemming. Dit onderzoek moet overigens berusten op de totaalindruk die door de betrokken merken wordt opgeroepen, waarbij in het bijzonder rekening dient te worden gehouden met hun onderscheidende en dominerende bestanddelen (zie arrest Hof van 12 juni 2007, BHIM/Shaker, C-334/05 P, Jurispr. blz. I-4529, punt 35 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

40 Gezien het bovenstaande heeft de kamer van beroep ten onrechte besloten dat het bestreden merk en de oudere Taiwanese merken niet gelijk zijn of overeenstemmen, daar zij geen globale beoordeling van alle pertinente elementen heeft uitgevoerd en met name de fonetische en begripsmatige overeenstemming van beide merken niet heeft onderzocht. In het onderhavige geval was een dergelijke beoordeling des te noodzakelijker aangezien, zoals verzoekster aanvoert, de inbeslagname van de waren met de oudere Taiwanese merken door de Poolse douane erop lijkt te wijzen dat deze beide merken in die mate daadwerkelijk overeenstemmen dat verwarringsgevaar ontstaat.

41 In de tweede plaats betwist verzoekster de vaststelling van de kamer van beroep in punt 18 van de bestreden beslissing dat zij uitsluitend ritssluitingen produceert overeenkomstig interveniënts instructies. Zij voert aan dat zij hem ritssluitingen met de oudere Taiwanese merken leverde, zoals zij werden voorgesteld in haar verkoopcatalogus.

42 In dit verband dient te worden vastgesteld dat de door verzoekster als bijlage bij haar verzoekschrift overgelegde verkoopcatalogus daadwerkelijk ritssluitingen met de oudere Taiwanese merken bevat en dat interveniënt in een e-mail van 19 december 2000 verzoeksters catalogus gebruikt om ritssluitingen te bestellen.

43 Gezien het bovenstaande heeft het Gerecht interveniënt verzocht stukken over te leggen waaruit kan blijken dat hij aan verzoekster meedeelde volgens welke specificaties de ritssluitingen moesten worden geproduceerd. Interveniënt heeft op deze vraag geantwoord door enkele facturen over te leggen en door te verwijzen naar de stukken van het dossier. Deze documenten bevatten echter geen technische of commerciële specificaties. Zij bevatten met name geen enkel element waaruit blijkt dat interveniënt verzoekster heeft gevraagd het bestreden merk op de ritssluitingen aan te brengen.

44 Bijgevolg moet worden besloten dat de vaststelling van de kamer van beroep dat verzoekster ritssluitingen produceerde overeenkomstig interveniënts instructies, geen steun vindt in de elementen van het dossier.

45 In de derde plaats is interveniënt zelf, volgens de punten 19 en 22 van de bestreden beslissing, in Polen in 2000 ritssluitingen beginnen te verhandelen en heeft hij daarop een teken aangebracht dat met het bestreden merk overeenstemt. Het is dus interveniënt die het merk in de Unie bekendheid heeft gegeven.

46 Zoals verzoekster aanvoert, laat geen enkel element van het dossier evenwel toe te oordelen dat interveniënt het bestreden merk, vóór of na de datum van de inschrijvingsaanvraag, daadwerkelijk heeft gebruikt ter aanduiding van waren. Ter terechtzitting heeft het BHIM verduidelijkt dat het oordeel betreffende het gebruik van het bestreden merk, in punt 19 van de bestreden beslissing, enkel was gebaseerd op interveniënts uitlatingen en niet op objectieve feitelijke vaststellingen.

47 Bijgevolg bieden de elementen van het dossier geen steun voor de vaststelling van de kamer van beroep betreffende het daadwerkelijke gebruik van het bestreden merk, waarvan de gegrondheid door verzoekster wordt betwist en die pertinent is voor de beoordeling van interveniënts bedoeling (zie punten 34 en 35 hierboven).

48 In de vierde plaats voert verzoekster aan dat zij, anders dan in punt 20 van de bestreden beslissing in aanmerking is genomen, tussen 2000 en 2005 in Polen ritssluitingen heeft verkocht. In dit verband stelt het Gerecht vast dat deze stelling van verzoekster wordt gestaafd door elementen die zij aan het dossier heeft toegevoegd en wordt bevestigd door interveniënt, die in zijn antwoord op een schriftelijke vraag van het Gerecht heeft verduidelijkt dat hij had beslist zijn handelsrelatie met verzoekster te beëindigen omdat zij via Pik Foison op de Poolse markt was beginnen te concurreren. In deze context is tijdens de behandeling voor het Gerecht gebleken dat verzoekster in 2004 meerdere partijen ritssluitingen met de oudere Taiwanese merken aan Pik Foison had verkocht.

49 Hieruit volgt dat de vaststelling van de kamer van beroep dat verzoekster tussen 2000 en 2005 in de Unie geen ritssluitingen heeft verkocht, wordt weerlegd door de gegevens van het dossier. Deze vaststelling is evenwel pertinent voor de beoordeling van verzoeksters en interveniënts commerciële inspanningen in de Unie en bijgevolg van interveniënts bedoeling.

50 Gelet op het voorgaande moet worden besloten dat vier van de zes door de kamer van beroep in aanmerking genomen overwegingen niet berusten op een beoordeling van het geheel van de relevante elementen, zoals vereist door het arrest Lindt Goldhase, punt 33 supra (punt 53), en niet worden ondersteund door de elementen van het dossier of zijn gebaseerd op onjuiste feitelijke vaststellingen.

51 Met betrekking tot de twee overige overwegingen moet worden vastgesteld dat zij op zich niet volstaan om uit te maken of interveniënt te kwader trouw was bij de indiening van de gemeenschapsmerkaanvraag. Op basis van de omstandigheid dat verzoekster geen belangstelling heeft getoond voor bescherming van de oudere Taiwanese merken in de Unie en interveniënt wettelijk niet ertoe was gehouden verzoekster vooraf van zijn gemeenschapsmerkaanvraag te informeren, kan interveniënts bedoeling bij het indienen van deze aanvraag niet worden vastgesteld.

52 Bijgevolg kon de kamer van beroep niet op goede grond vaststellen dat interveniënt niet te kwader trouw was en de door verzoekster ingediende vordering tot nietigverklaring op grond van deze overwegingen afwijzen.

53 Het enige middel moet derhalve worden aanvaard en de bestreden beslissing moet worden vernietigd.

Vordering tot nietigverklaring van het bestreden merk

54 Vooraf dient te worden opgemerkt dat verzoekster, door het Gerecht te vragen het bestreden merk nietig te verklaren, een vordering tot herziening op grond van artikel 65, lid 3, van verordening nr. 207/2009 heeft geformuleerd, opdat het Gerecht de beslissing neemt die de kamer van beroep had moeten nemen [zie in die zin arrest Gerecht van 4 oktober 2006, Freixenet/BHIM (Vorm van een witte gematteerde fles), T-190/04, niet gepubliceerd in de Jurisprudentie, punten 16 en 17]. Bijgevolg is deze vordering ontvankelijk, anders dan het BHIM aanvoert.

55 De bevoegdheid tot herziening impliceert niet dat het Gerecht bevoegd is om zijn eigen beoordeling in de plaats te stellen van die van de kamer van beroep, en a fortiori niet om over te gaan tot een beoordeling waarover die kamer nog geen standpunt heeft ingenomen. De uitoefening van de bevoegdheid tot herziening moet derhalve in beginsel beperkt blijven tot situaties waarin het Gerecht na toetsing van de beoordeling van de kamer van beroep in staat is om op basis van de elementen, feitelijk en rechtens, zoals deze zijn vastgesteld, te bepalen welke beslissing de kamer van beroep had moeten nemen (arrest Hof van 5 juli 2011, Edwin/BHIM, C-263/09 P, Jurispr. blz. I-5853, punt 72).

56 In het onderhavige geval laten de in de bestreden beslissing vastgestelde elementen niet toe te bepalen welke beslissing de kamer van beroep had moeten nemen. Hoewel deze elementen de vaststelling dat interveniënt niet te kwader trouw was, niet rechtvaardigen, zoals hierboven bij het onderzoek van de vordering tot nietigverklaring is vastgesteld, rechtvaardigen zij, op zich, immers evenmin de tegenovergestelde vaststelling.

57 Gezien het bovenstaande moet verzoeksters vordering tot herziening die ertoe strekt dat het Gerecht het bestreden merk nietig verklaart, worden afgewezen.

Kosten

58 Volgens artikel 87, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering wordt de in het ongelijk gestelde partij in de kosten verwezen, voor zover dit is gevorderd. Aangezien het BHIM in het ongelijk is gesteld, moet het overeenkomstig de vordering van verzoekster worden verwezen in de kosten.

59 Volgens artikel 87, lid 4, derde alinea, van het Reglement voor de procesvoering kan het Gerecht bepalen dat een interveniënt zijn eigen kosten zal dragen. In casu zal interveniënt zijn eigen kosten dragen.

HET GERECHT (Vierde kamer),

rechtdoende, verklaart:

1) **De beslissing van de vierde kamer van beroep van het Bureau voor harmonisatie binnen de interne markt (merken, tekeningen en modellen) (BHIM) van 1 april 2009 (zaak R 529/2008-4) wordt vernietigd.**

2) **Het BHIM wordt verwezen in zijn eigen kosten en in die van Feng Shen Technology Co. Ltd.**

3) **Jarosław Majtczak zal zijn eigen kosten dragen.**

Pelikánová Jürimäe Van der Woude

Uitgesproken ter openbare terechtzitting te Luxemburg op 21 maart 2012.

ondertekeningen