



Samling af Afgørelser

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT
Y. BOT
fremsat den 28. november 2013¹

Sag C-530/12 P

**Kontoret for Harmonisering i det Indre Marked (Varemærker og Design) (KHIM)
mod**

National Lottery Commission

»Appel — EF-varemærker — forordning (EF) nr. 207/2009 — artikel 53, stk. 2, litra c) —
EF-varemærker — begæring om ugyldighed på grundlag af en ældre ophavsrettighed i medfør af
national ret — kendskab til og fortolkning af national ret — Unionens retsinstansers prøvelse
ex officio«

1. Kontoret for Harmonisering i det Indre Marked (Varemærker og Design) (KHIM) (herefter »Harmoniseringskontoret«) har ved sin appel nedlagt påstand om ophævelse af dom afsagt af Den Europæiske Unions Ret den 13. september 2012 i sagen National Lottery Commission mod KHIM – Mediatek Italia og De Gregorio (Gengivelse af en hånd)², hvori Retten tog National Lottery Commissions³ påstande til følge om annullation af afgørelse truffet den 9. juni 2010 af Første Appellkammer ved Harmoniseringskontoret⁴ vedrørende en ugyldighedssag mellem på den ene side Mediatek Italia Srl og Giuseppe De Gregorio⁵ og på den anden side NLC.
2. Den sag giver Domstolen anledning til at præcisere den nationale rets stilling i Den Europæiske Unions retsorden og at fastsætte retningslinjer for den kontrol, som Unionens retsinstanser skal udøve med indholdet og fortolkningen af denne ret i forbindelse med EF-varemærketvister.
3. Det første appelanbringende rejser navnlig spørgsmålet, om Retten, når den behandler en sag vedrørende en afgørelse truffet af et af Harmoniseringskontorets appelkamre, ex officio kan efterprøve indholdet af gældende national ret, der er påberåbt af den part, som har nedlagt påstand om annullation af et EF-varemærke på grundlag af en ældre rettighed, som er beskyttet ved denne nationale ret.
4. I denne henseende anfører jeg i dette forslag til afgørelse, at udøvelsen af den fuldstændige legalitetskontrol, som påhviler Retten, forudsætter, at den kan løse tvisten på en måde, som er i overensstemmelse med gældende national ret, og Retten kan med dette formål, om nødvendigt ex officio, efterprøve indholdet, betingelserne for anvendelse og rækkevidden af de regler i national ret, som parterne har påberåbt sig til støtte for deres påstande.

1 — Originalsprog: fransk.

2 — Sag T-404/10, herefter »den appellerede dom«.

3 — Herefter »NLC«.

4 — Sag R 1028/2009-1, herefter »den omtvistede afgørelse«.

5 — Herefter samlet »Mediatek Italia«.

5. Jeg anfører imidlertid, at når Unionens retsinstanser foretager denne prøvelse ex officio, skal de overholde det kontradiktoriske princip.

6. Da Retten ikke overholdt dette princip, vil jeg foreslå Domstolen at tage appellen til følge og ophæve den appellerede dom.

7. Tvisten forekommer mig ikke at kunne påkendes, hvorfor jeg vil opfordre Domstolen til at hjemvise sagen til Retten.

I – Relevante retsfor skrifter

A – Forordning (EF) nr. 207/2009

8. Rådets forordning (EF) nr. 40/94 af 20. december 1993 om EF-varemærker⁶ er blevet ophævet og kodificeret af Rådets forordning (EF) nr. 207/2009 af 26. februar 2009 om EF-varemærker⁷, som trådte i kraft den 13. april 2009.

9. Artikel 53, stk. 2, litra c), i forordning nr. 207/2009 bestemmer:

»EF-varemærket erklæres ligeledes for ugyldigt efter indgivelse af begæring herom til Harmoniseringskontoret eller ved fremsættelse af modkrav under en sag om varemærkekrænkelse, hvis der i henhold til fællesskabslovgivningen eller gældende nationale retsregler om varemærkebeskyttelse kan rejses forbud mod brug af varemærket på grundlag af en anden ældre ret, herunder navnlig:

[...]

c) en ophavsret«.

10. Forordningens artikel 76, stk. 1, bestemmer:

»Under sagsbehandlingen ved Harmoniseringskontoret prøver dette ex officio de faktiske omstændigheder; i sager vedrørende relative registreringshindringer begrænser Harmoniseringskontoret sig imidlertid til at prøve de af parterne fremførte kendsgerninger, beviser og argumenter og de af parterne fremsatte anmodninger.«

B – Forordning (EF) nr. 2868/95

11. Kommissionens forordning (EF) nr. 2868/95 af 13. december 1995 om gennemførelsesbestemmelser til Rådets forordning (EF) nr. 40/94 om EF-varemærker⁸, som ændret ved Kommissionens forordning (EF) nr. 1041/2005 af 29. juni 2005⁹, fastsætter bl.a. regler, som finder anvendelse på gennemførelsen af sager ved Harmoniseringskontoret om fortabelse af EF-varemærker eller disses ugyldighed.

6 – EFT 1994 L 11, s. 1.

7 – EUT L 78, s. 1.

8 – EFT L 303, s. 1.

9 – EUT L 172, s. 4, herefter »gennemførelsesforordningen«.

<R.Head

12. Gennemførelsesforordningens regel 37, litra b), nr. iii), bestemmer:

»En begæring til [Harmoniseringsk]ontoret om, at et EF-varemærke erklæres fortabt eller ugyldigt [...] skal indeholde:

[...]

b) for så vidt angår de grunde, som begæringen støttes på:

[...]

iii) hvis der indgives begæring i henhold til [...] artikel [53, stk. 2, i forordning nr. 207/2009,] oplysninger om, hvilken rettighed begæringen om ugyldighed støttes på, samt oplysninger om, at vedkommende er indehaver af en i [nævnte forordnings artikel 53, stk. 2,] omhandlet ældre rettighed, eller at han i henhold til gældende nationale retsregler er berettiget til at gøre denne rettighed gældende.«

II – Tvistens baggrund og den omtvistede afgørelse

13. Den 2. oktober 2007 fik NLC registreret følgende EF-figurmærke ved

<R.Head

Harmoniseringskontoret¹⁰:



14. Den 20. november 2007 indgav Mediatek Italia til Harmoniseringskontoret en ugyldighedsbegæring vedrørende det omtvistede varemærke i medfør af artikel 52, stk. 2, litra c), i forordning nr. 40/94, nu artikel 53, stk. 2, litra c), i forordning nr. 207/2009¹¹, på grundlag af en ældre ophavsrettighed til følgende figurtegn¹² tilhørende Giuseppe De Gregorio:



15. Ved afgørelse af 16. juli 2009 tog Harmoniseringskontorets annullationsafdeling begæringen til følge i det væsentlige med den begrundelse, at Mediatek Italia havde godtgjort, at der forelå en ophavsrettighed, som var beskyttet ved den italienske lovgivning, som var nærmest identisk med det omtvistede varemærke, og som var ældre end det omtvistede varemærke.

16. NLC påklagede denne afgørelse.

17. Første Appellkammer ved Harmoniseringskontoret forkastede denne klage ved den omtvistede afgørelse.

10 — Herefter »det omtvistede varemærke«.

11 — Selv om forordning nr. 40/94 fandt anvendelse, da sagen blev indledt, henvises i dette forslag til afgørelse udelukkende til forordning nr. 207/2009, der ikke har ændret ordlyden af de relevante bestemmelser.

12 — Herefter »mano portafortuna«.

18. Appellkammeret var for det første af den opfattelse, at Mediatek Italia havde ført bevis for værkets skabelse og for ophavsrettigheden ved fremlæggelse af en fotokopi af en privat kontrakt af 16. september 1986¹³, hvorved en tredjemand, der præsenterer sig som ophavsmanden til *mano portafortuna*, bekræfter at have overdraget sin ret til reproduktion og brug af det gengivne værk til en af de personer, der har indgivet begæring om ugyldighed, sammen med andre tegninger, der var bilagt kontrakten.

19. For det andet var appellkammeret af den opfattelse, at de af NLC angivne uregelmæssigheder, nemlig omtalen af en maksimumsvarighed for ophavsretsbeskyttelsen på 70 år, selv om en sådan varighed først har eksisteret fra 1996, poststemplets dato, som svarer til en søndag, hvilken dag postkontorerne er lukkede, og den kvalitative og konceptuelle forskel mellem tegningen af *mano portafortuna* og de andre tegninger i bilaget, ikke kunne rejse tvivl om ægtheden af kontrakten fra 1986.

20. For det tredje præciserede appellkammeret, at når det private dokument i henhold til artikel 2702 i den italienske civile lovbog fuldt ud bekræfter oprindelsen af erklæringerne fra dem, som har underskrevet dem, indtil det er bevist, at det er falsk, har appellkammeret kompetence til frit at bedømme indholdet heraf.

III – Retsforhandlingerne ved Retten og den appellerede dom

21. Ved stævning indleveret til Rettens Justitskontor den 8. september 2010 anlagde NLC et annullationssøgsmål vedrørende den omtvistede afgørelse.

22. NLC påberåbte sig til støtte for påstanden tre anbringender vedrørende henholdsvis en tilsidesættelse af artikel 53, stk. 2, litra c), i forordning nr. 207/2009, ulovligheden af appellkammerets afslag på at indlede en mundtlig forhandling eller at foretage bevisoptagelse og appellkammerets fejlagtige bedømmelse af sin kompetence til at undersøge ægtheden af kontrakten af 1986.

23. Ved den appellerede dom gav Retten NLC medhold og pålagde Harmoniseringskontoret at betale sagens omkostninger.

24. Retten, som behandlede det første og det tredje anbringende sammen, erindrede først og fremmest i den appellerede doms præmis 17-21 om den procesordning, der fandt anvendelse på begæringen om EF-varemærkets ugyldighed på grundlag af en ældre ophavsrettighed, der er beskyttet i den nationale retsorden.

25. I den appellerede doms præmis 18 og 19 citerede Retten præmis 50-52 i Domstolens dom af 5. juli 2011, *Edwin mod KHIM*¹⁴, inden den i den appellerede doms præmis 20 erindrede om sin egen praksis vedrørende begrebet »velkendte kendsgerninger«, hvorefter Harmoniseringskontoret »ex officio og ved de midler, som forekommer det hensigtsmæssige i denne henseende, skal indhente oplysninger om national ret i den pågældende medlemsstat, hvis sådanne oplysninger er nødvendige for bedømmelsen af betingelserne for anvendelse af en ugyldighedsgrund og navnlig for realiteten i de faktiske omstændigheder, der er gjort gældende, eller bevisværdien af de fremlagte beviser«.

13 — Herefter »kontrakten af 1986«.

14 — Sag C-263/09 P, Sml. I, s. 5853.

26. I lyset af disse principper fandt Retten i den appellerede doms præmis 23 og 24, at selv om »appelkammeret med rette støttede sig på reglerne i italiensk ret, som er afgørende for bevisværdien af kontrakten af 1986«, påvilede det imidlertid Retten »at kontrollere [...] om [det havde] fulgt en korrekt fortolkning af den relevante italienske ret, da det konkluderede, at kontrakten af 1986 i henhold til artikel 2702 og 2703 i den italienske borgerlige lovbog fuldt ud bekræftede oprindelsen af erklæringerne fra dem, som havde underskrevet dem, indtil anlæggelsen af en sag om, hvorvidt dokumentet er falsk«.

27. Efter at have erindret om indholdet af artikel 2702-2704 i den italienske borgerlige lovbog formulerede Retten sit standpunkt på følgende måde:

»29 Det skal imidlertid fastslås, at det fremgår af en læsning af artikel 2702-2704 i den italienske borgerlige lovbog, at en sådan bekræftelse kun under de i denne sag foreliggende omstændigheder er nøjagtig, hvis parternes underskrift på kontrakten kan anses for lovmæssigt anerkendt, for så vidt som den er blevet bekræftet i henhold til artikel 2703 i den italienske borgerlige lovbog, eller på betingelse af, at en af undtagelserne i samme lovbogs artikel 2704 finder anvendelse.

[...]

31 [...] for så vidt angår anvendelsen af artikel 2704 i den italienske borgerlige lovbog skal det understreges, at den gør det muligt i forhold til tredjemand at støtte ret på private dokumenter, hvis underskrift ikke er bekræftet, fra dagen efter registreringen heraf eller fra det tidspunkt, hvor der er indtruffet en faktisk omstændighed, som på en lige så sikker måde godtgør dokumentets tidligere udarbejdelse.

32 I henhold til Corte suprema di cassazione (den italienske kassationsdomstol) praksis udgør påføringen af et poststempel på et privat dokument et forhold, som fastsætter en bestemt dato for dette dokument som omhandlet i den borgerlige lovbogs artikel 2704, eftersom poststemplet findes på selve dokumentet (dom af 14.6.2007 nr. 13912 [¹⁵]). Det fremgår ligeledes af denne retspraksis, at der kan føres bevis mod sandfærdigheden af poststemplets dato, uden at det er nødvendigt at anlægge sag om, at dokumentet er falsk.«

28. Efter videre at have anført i den appellerede doms præmis 33, at »selv om der i den [omtvistede] afgørelse ikke er nogen henvisning til den italienske borgerlige lovbogs artikel 2704, er poststemplet fra den 21. september 1986 nævnt deri«, anerkendte Retten i dommens præmis 34, at »tilstedeværelsen af dette poststempel gør det muligt at fastslå, at kontrakten af 1986 med sikkerhed var udarbejdet fra den 21. september 1986«, inden den imidlertid i dommens præmis 35 tilføjede, at »i henhold til [Corte suprema di cassazione] praksis kunne [NLC] fremlægge bevis for, at kontrakten af 1986 reelt var udarbejdet på en anden dato end den, der fremgår af poststemplet, uden at det er nødvendigt at anlægge sag om, at dokumentet er falsk«.

29. Retten udledte heraf i den appellerede doms præmis 36:

»Appelkammeret fulgte således, idet det konkluderede [...], at kontrakten af 1986 »[var] et privat dokument og dermed fuldt ud [bekræftede] oprindelsen af erklæringerne fra dem, som [havde] underskrevet dem, indtil anlæggelsen af en sag om, at dokumentet er falsk i overensstemmelse med den borgerlige lovbogs artikel 2702«, selv om det ikke var nødvendigt at indlede en sådan sag under omstændighederne i denne sag, en fejlforklaring af gældende national ret i henhold til artikel 53, stk. 2, i forordning nr. 207/2009 og foretog derfor en forkert bedømmelse af rækkevidden af egne kompetencer.«

15 — Herefter »dommen af 14. juni 2007«.

30. Retten antog efter i den appellerede doms præmis 39 at have anført, at bedømmelserne af uregelmæssigheder, som påvirkede kontrakten af 1986, kunne være blevet påvirket af fejlfortolkningen af italiensk ret, eftersom det kunne »antages, at appelkammeret ville have tillagt disse forhold større betydning i det tilfælde, at det havde fundet, at [NLC] havde mulighed for at anfægte den bestemte karakter af den dato, der findes på poststempelen, for appelkammeret, og at kontrakten af 1986 dermed ikke nødvendigvis bekræftede oprindelsen af de erklæringer, den indeholder«, i den appellerede doms præmis 40, at fejlfortolkningen af national ret, der regulerer beskyttelsen af den ældre ret, som Mediatek Italia har påberåbt sig, kunne have indvirket på den omtvistede afgørelses indhold.

31. Retten konkluderede dermed i den appellerede doms præmis 41, at den omtvistede afgørelse skulle annulleres, uden at det var fornødent at behandle det andet anbringende.

IV – Retsforhandlingerne for Domstolen og parternes påstande

32. Harmoniseringskontoret har nedlagt påstand om, at den appellerede dom ophæves, og at NLC tilpligtes at betale Harmoniseringskontorets omkostninger, mens NLC har nedlagt påstand om, at appellen skal forkastes.

33. Harmoniseringskontoret har til støtte for sine påstande gjort tre anbringender gældende vedrørende for det første tilsidesættelse af artikel 76, stk. 1, i forordning nr. 207/2009 som fortolket af Domstolen i forbindelse med samme forordnings artikel 53, stk. 2, og af gennemførelsesforordningens regel 37, for det andet tilsidesættelse af Harmoniseringskontorets ret til at blive hørt og for det tredje en åbenbart selvmodsigende og urigtig gengivelse af de faktiske omstændigheder.

A – Det første anbringende vedrørende tilsidesættelse af artikel 76, stk. 1, i forordning nr. 207/2009 og af gennemførelsesforordningens regel 37

34. Harmoniseringskontoret har med det første anbringende, som er opdelt i to led, anført, at Retten hverken kunne støtte sig på den italienske borgerlige lovbogs artikel 2704 (første led) eller på dommen af 14. juni 2007 (andet led), eftersom parterne ikke havde påberåbt sig disse to forhold, som derfor ikke var en del af tvistens genstand, således som den blev fremstillet for appelkammeret.

1. Parternes argumenter

35. Idet Harmoniseringskontoret er af den opfattelse, at Rettens begrundelse ikke klart lod det fremgå, om den anså national ret for at være et retligt spørgsmål eller en velkendt kendsgerning, har det subsidiært gjort følgende gældende:

- For det tilfælde, at Retten måtte have antaget, at anvendelsen af national ret udgør et retligt spørgsmål, tilsidesatte den det princip, der er udtrykt i gennemførelsesforordningens regel 37, litra b), nr. iii), og hvorefter det påhviler den part, som påberåber sig national ret, at forsyne Harmoniseringskontoret med de forhold, som fastslår lovgivningens indhold, og hvorledes den finder anvendelse i den konkrete sag, og løsningen i dommen i sagen Edwin mod KHIM, hvoraf det fremgår, at national ret er et faktisk spørgsmål, det påhviler parterne at påberåbe sig og bevise.
- For det tilfælde, at Retten måtte have antaget, at anvendelsen af national ret udgør et faktisk spørgsmål, kvalificerede Retten med urette national lovgivning som en »velkendt kendsgerning«, som Harmoniseringskontoret dermed kunne undersøge og påberåbe sig ex officio, og Retten erstattede endvidere appelkammerets bedømmelse med sin egen og foretog en bedømmelse af forhold, som appelkammeret ikke havde taget stilling til.

36. NLC har svaret, at gennemførelsesforordningens regel 37 og dommen i sagen Edwin mod KHIM udelukkende vedrører bevisbyrden, der påhviler den, der har indgivet begæringen, og henviser hverken til sagsøgte eller Harmoniseringskontoret.

37. NLC har i øvrigt anført, at det påhviler Harmoniseringskontoret at anvende national ret korrekt og ex officio at indhente oplysninger herom, når det er nødvendigt for bedømmelsen af betingelserne for anvendelse af en ugyldighedsgrund.

38. NLC har tilføjet, at appelkammeret ikke er begrænset til en bedømmelse af faktisk forhold, men at det afsagde en retsafgørelse. En fortolkning af artikel 76, stk. 1, i forordning nr. 207/2009, som begrænser appelkammeret til udelukkende de anbringender, som den, der har indgivet begæringen, har gjort gældende, er i strid med anvendelsen af grundlæggende retsprincipper, som Harmoniseringskontoret skal tage i betragtning, således som det bemærkes i 13. betragtning til forordningen og i artikel 83.

39. Endelig har NLC anført, at den af appelkammeret begåede fejl følger af en fejlfortolkning af den italienske borgerlige lovbogs artikel 2702 og 2703, hvorpå dets opmærksomhed var blevet henledt, og at spørgsmålet om bevisværdien af kontrakten af 1986 var blevet rejst for appelkammeret og Retten. Selv om det antages, at Retten med urette indledte en drøftelse af den italienske borgerlige lovbogs artikel 2704, kunne denne fejl derfor ikke have påvirket resultatet af den analyse, Retten foretog, hvorfor appellen skal forkastes¹⁶.

2. Min bedømmelse

a) Indledende bemærkninger

40. Det første anbringende, hvorved Harmoniseringskontoret har kritiseret Retten for at have ændret tvistens genstand for at kunne støtte sig på bestemmelser og retspraksis, som parterne ikke havde påberåbt sig, vedrører udelukkende spørgsmålet om tilsidesættelse af artikel 76, stk. 1, i forordning nr. 207/2009 og gennemførelsesforordningens regel 37.

41. Selv om dette anbringende er nyt, eftersom det for første gang er gjort gældende for Domstolen, forekommer det mig at kunne antages til realitetsbehandling, idet det vedrører begrundelsen i den appellerede dom og dermed ikke kunne gøres gældende tidligere.

42. Det kan derimod overvejes, om det er virkningsfuldt.

43. De to bestemmelser, som klagepunktet bygger på, vedrører udelukkende procedures forløb ved Harmoniseringskontoret. Den første bestemmelse præciserer Harmoniseringskontorets rolle hvad angår undersøgelsen af de faktiske omstændigheder, som det skal foretage, mens den anden bestemmelse opregner de oplysninger, som den begæring om fortabelse af EF-varemærket eller dets ugyldighed, der indgives til Harmoniseringskontoret, skal indeholde.

44. Hverken den ene eller den anden af disse bestemmelser vedrører dermed den retslige procedure og finder ikke anvendelse på Retten.

45. Harmoniseringskontoret har derimod ikke påberåbt sig nogen tilsidesættelse af artikel 21 i statuten for Den Europæiske Unions Domstol eller af artikel 44, stk. 1, artikel 48, stk. 2, eller artikel 135, stk. 4, i Rettens procesreglement.

16 — NLC har henvist til dom af 30.9.2003, sag C-94/02 P, Biret og Cie mod Rådet, Sml. I, s. 10565, præmis 63.

46. Da de bestemmelser, som er påstået tilsidesat, ikke finder direkte anvendelse på den retslige procedure for Retten, når den træffer afgørelse i sager anlagt til prøvelse af appelkamrenes afgørelser, og ikke i sig selv pålægger Retten en pligt til udelukkende at tage hensyn til de forhold i national ret, som den, der har indgivet begæringen, har fremlagt for Harmoniseringskontoret, kan det anbringende, hvorved Retten kritiseres for at have tilsidesat disse bestemmelser, anses for virkningsløst.

47. De principper, der følger af disse bestemmelser, skal dog logisk set ligeledes finde anvendelse på den efterfølgende retslige procedure for Retten, for så vidt som tvistens genstand for appelkammeret og for Retten er identisk¹⁷.

48. Det skal snarere undersøges, om anbringendet er velbegrunderet.

b) National rets stilling i EF-varemærketvisten og Unionens retsinstitutters og Harmoniseringskontorets instansers prøvelse ex officio

i) Erindring om Rettens praksis

49. Løsningen i den appellerede dom for så vidt angår national rets stilling og Harmoniseringskontorets rolle er på lige linje med Rettens praksis.

50. Retten tildeler generelt national ret karakter af et faktisk forhold, som det påhviler den, der indgiver indsigelse eller begæring om annullation, at bevise. Der er imidlertid en vigtig undtagelse til dette princip, som pålægger Harmoniseringskontoret ex officio at indhente oplysninger om national ret, når den udgør en velkendt kendsgerning. Flere domme angiver således, at Harmoniseringskontoret ex officio og med de midler, som det finder hensigtsmæssige hertil, skal indhente oplysninger om den nationale lovgivning i den berørte medlemstat, såfremt sådanne oplysninger er nødvendige for at bedømme betingelserne for anvendelse af den pågældende registreringshindring eller ugyldighedsgrund og navnlig, om de påberåbte faktiske omstændigheder er rigtige, og hvilken beviskraft de fremlagte dokumenter har¹⁸. Ifølge Retten udelukker begrænsningen af det faktiske grundlag for den prøvelse, som Harmoniseringskontoret foretager, ikke, at Harmoniseringskontoret ud over de faktiske omstændigheder, der udtrykkeligt er anført af parterne i indsigelses- eller ugyldighedssagen, også tager hensyn til velkendte kendsgerninger, dvs. kendsgerninger, som enhver har kendskab til eller kan få kendskab til ved almindeligt tilgængelige kilder¹⁹.

51. Denne undtagelse er selv begrænset, eftersom Retten klart har begrænset pligten til ex officio at indhente oplysninger om national ret »i tilfælde af, at Harmoniseringskontoret allerede er i besiddelse af oplysninger [her]om [...], enten i form af påberåbelser for så vidt angår dens indhold eller i form af beviser, hvis bevisværdi er blevet anfægtet«²⁰.

17 — Jf. i denne retning forslag til afgørelse fra generaladvokat Kokott i den sag, der gav anledning til dommen i sagen Edwin mod KHIM, punkt 54.

18 — Rettens dom af 20.4.2005, sag T-318/03, Atomic Austria mod KHIM - Fabricas Agrupadas de Muñecas de Onil (ATOMIC BLITZ), Sml. II, s. 1319, præmis 35, af 16.12.2008, forenede sager T-225/06, T-255/06, T-257/06 og T-309/06, Budějovický Budvar mod KHIM - Anheuser-Busch (BUD), Sml. II, s. 3555, præmis 96, af 9.12.2010, sag T-303/08, Tresplain Investments mod KHIM - Hoo Hing (Golden Elephant Brand), Sml. II, s. 5659, præmis 67, og af 20.3.2013, sag T-571/11, El Corte Inglés mod KHIM - Chez Gerard (CLUB GOURMET), EU:T:2013:145, præmis 39.

19 — Dommen i sagen Atomic Austria mod KHIM - Fabricas Agrupadas de Muñecas de Onil (ATOMIC BLITZ), præmis 35, dommen i sagen Budějovický Budvar mod KHIM - Anheuser-Busch (BUD), præmis 96, og dommen i sagen Tresplain Investments mod KHIM - Hoo Hing (Golden Elephant Brand), præmis 67.

20 — Dommen i sagen El Corte Inglés mod KHIM - Chez Gerard (CLUB GOURMET), præmis 41.

52. Retten har udtalt, at »for Unionens institutioner svarer fastlæggelsen og fortolkningen af de nationale retsregler, som er nødvendige for deres virksomhed, i princippet til en fastlæggelse af sagens sammenhæng og ikke til en retsanvendelse[, idet de] udelukkende [anvender] EU-retten«²¹.

53. Retten har i øvrigt præciseret, at det påhviler den part, som påberåber sig en ældre rettighed, »for Harmoniseringskontoret at godtgøre ikke kun, at denne rettighed følger af national lovgivning, men også at fastslå rækkevidden af selve denne lovgivning«²².

54. Rettens praksis er imidlertid ikke helt entydig, eftersom visse domme ikke forekommer at angribe national ret ud fra vinklen med bedømmelse eller fortolkning af faktiske omstændigheder, men med fortolkning af en retsregel.

55. Retten undersøger således for at fastlægge indholdet af national ret ikke kun ordlyden af den gældende lovgivning, men ligeledes fortolkningen i retspraksis og standpunktet i den juridiske litteratur som for en hvilken som helst retsregel²³. I en dom af 14. september 2011, *Olive Line International mod KHIM – Knopf (O-live)*²⁴, fandt Retten »på baggrund af den store lighed mellem de to regler«²⁵, som var en artikel i den spanske varemærkelov og en artikel i forordning nr. 40/94, at der var grundlag for at fortolke den første »i lyset af Fællesskabets retspraksis«²⁶.

56. På trods af sådanne tilkendegivelser, som er kendetegnende for vanskeligheden med at anse national ret for blot at være et faktisk forhold, er det ikke desto mindre min opfattelse, at Retten i princippet pålægger Harmoniseringskontoret en pligt til ex officio at indhente oplysninger om national ret, når den udgør en velkendt kendsgerning, og i øvrigt har en pligt til »at kontrollere [...] om appelkammeret fulgt[e] en korrekt fortolkning af den relevante [nationale] ret«²⁷.

57. Det skal afgøres, om den ene eller den anden af disse forpligtelser er berettiget, og om der er en nødvendig og logisk forbindelse mellem de to i den forstand, at pligten til at foretage en korrekt fortolkning af relevant national ret medfører en pligt til ex officio at indhente oplysningerne om denne ret.

58. For at besvare disse spørgsmål er det nødvendigt at se på det gældende tekstgrundlag og på rækkevidden af dommen i sagen *Edwin mod KHIM*.

ii) Tekstgrundlaget

59. Harmoniseringskontoret har til støtte for det første anbringende udledt af det gældende tekstgrundlag, at national ret har status af en simpel faktisk omstændighed med den følge, at bevisbyrden påhviler den part, som påberåber sig national ret, og at retten ikke ex officio kan tage hensyn til bestemmelser i national ret, som parterne ikke har påberåbt sig.

60. Denne forudsætning bygger på en forståelse af teksterne, som kan diskuteres.

21 — Ibidem, præmis 35.

22 — Rettens dom af 7.5.2013, sag T-579/10, *macros consult mod KHIM – MIP Metro (makro)*, EU:T:2013:232, præmis 62. Selv om den dom vedrørte en ugyldighedsbegæring mod et EF-varemærke, der var fremsat af indehaveren af en ældre rettighed som omhandlet i artikel 8, stk. 4, i forordning nr. 207/2009, forekommer den foreslåede løsning mig at kunne finde analog anvendelse, når der påberåbes en national rettighed på grundlag af forordningens artikel 53, stk. 2 (jf. en symmetrisk argumentation, dommens præmis 60).

23 — Jf. bl.a. Rettens dom af 14.5.2009, sag T-165/06, *Fiorucci mod KHIM - Edwin (ELIO FIORUCCI)*, Sml. II, s. 1375, præmis 42-61, og af 14.4.2011, sag T-466/08, *Lancôme mod KHIM - Focus Magazin Verlag (ACNO FOCUS)*, Sml. II, s. 1831, præmis 33-39.

24 — Sag T-485/07.

25 — Præmis 57, min fremhævelse.

26 — Ibidem.

27 — Den appellerede doms præmis 24.

61. Ud over det, der kan udledes af gennemførelsesforordningens regel 37, hvorefter national ret har status af en simpel faktisk omstændighed, som det påhviler parterne at bevise, giver artikel 53, stk. 2, i forordning nr. 207/2009 unægtelig national ret en vis dosis »retlig karakter« i Unionens retsorden.

– National rets processuelle situation i medfør af gennemførelsesforordningens regel 37

62. Det er tilladt at tvivle på, at det kan udledes af gennemførelsesforordningens regel 37, litra b), nr. iii), at national ret har status af en faktisk omstændighed, hvorom Harmoniseringskontoret ikke ex officio kan indhente oplysninger.

63. En ordlydsfortolkning af denne bestemmelse fører ikke til denne løsning.

64. Gennemførelsesforordningens regel 37, litra b), nr. iii), som pålægger den indehaver af en ældre rettighed, der indleder en ugyldighedssag mod et yngre EF-varemærke, bevisbyrden for, at der består en ældre rettighed i medfør af gældende national lovgivning, afgør ikke i sin helhed den retlige ordning, der finder anvendelse i national ret, eftersom den kun tilsigter, at national ret skal underlægges den processuelle behandling for faktiske spørgsmål i forhold til afgørelsen af rollen for den, der har indgivet begæring om ugyldighed. Dennes pligt til at fremlægge beviser mister på ingen måde sit indhold, når Unionens retsinstanser anerkendes frit at kunne indhente oplysninger ud over disse beviser med henblik på at blive i stand til at anvende den løsning, som forekommer dem at svare til løsningen i national ret. Denne forpligtelse kan under alle omstændigheder fortsat sanktioneres ved afvisning af begæringen i overensstemmelse med gennemførelsesforordningens regel 39, stk. 3.

65. Det skal i øvrigt mere generelt bemærkes, at selv om der unægtelig er en forbindelse mellem bevisbyrden for national ret og Unionens retsinstansers beføjelse til ex officio at undersøge dennes indhold, udelukker det forhold, at den part, som påberåber sig national ret, har bevisbyrden herfor, ikke nødvendigvis, at retsinstanserne ikke har nogen beføjelse til at kontrollere denne rets indhold, betydning eller rækkevidde.

66. Den systematiske fortolkning af gennemførelsesforordningens regel 37, litra b), nr. iii), godtgør i øvrigt, at Unionens lovgiver ikke har ønsket at knæsette en rent akkusatorisk udformning af ugyldigheds- eller indsigelsessagen, som blot gør retsinstanserne til en voldgiftsmand og overlader det til parterne at styre hele sagen. De undersøgelsesbeføjelser, som både Harmoniseringskontoret og Retten er tildelt, indebærer tværtimod en mere afbalanceret udformning af de respektive roller for de forskellige medvirkende i alle sagerne, herunder inter partes-sagerne. Artikel 78, stk. 1, i forordning nr. 207/2009 og gennemførelsesforordningens regel 57, stk. 1, indfører således en ikke-udtømmende liste over den bevisførelse, som Harmoniseringskontoret kan beslutte²⁸. Den mulighed, der således er anerkendt for Harmoniseringskontorets kompetente instanser, viser, at bevisførelsen i EF-varemærketvisten ikke er domineret af et princip om neutralitet eller passivitet. Således som Retten har anerkendt, kan Harmoniseringskontoret bl.a. opfordre parterne til at redegøre for indholdet af national ret²⁹.

67. Påstanden, hvorefter gennemførelsesforordningens regel 37 er udtryk for princippet om, at national ret blot er et spørgsmål om faktiske omstændigheder, forekommer mig kort sagt at fordre – ud over den oprindelige rækkevidde – en bestemmelse, som kun kræver, at den, der indgiver begæringen, skal påberåbe sig og føre bevis for den nationale ret, i henhold til hvilken han kræver beskyttelse, uden at udelukke noget initiativ fra Harmoniseringskontorets side.

28 — Der er tale om afhøring af parterne, indhentning af oplysninger, fremlæggelse af dokumenter og bevismidler, afhøring af vidner, udtalelser fra sagkyndige, skriftlige erklæringer, der er afgivet under ed eller på tro og love, eller som har en tilsvarende virkning i henhold til lovgivningen i den stat, hvor de afgivet, og besigtigelse på stedet.

29 — Dommen i sagen Atomic Austria mod KHIM – Fabricas Agrupadas de Muñecas de Onil (ATOMIC BLITZ), præmis 36.

– Hensyntagen til national ret i medfør af artikel 53, stk. 2, i forordning nr. 207/2009

68. Der er en lang række EU-retlige bestemmelser, som henviser til national ret og tildeler den forskellige funktioner. Til disse forskellige tilknytningssituationer føjes en flerhed af retlige fremgangsmåder, hvorved Unionens retsinstanser kan være kaldet til at tage hensyn til national ret.

69. Forsøgene på at identificere den nationale rets forskellige funktioner i Unionens retsorden³⁰ viser vanskeligheden ved at klassificere henvisningerne i forordning nr. 207/2009 i forbindelse med indsigelser mod registrering af et EF-varemærke eller en begæring om ugyldighed i en klart identificeret retlig kategori. For nogle er der tale om en simpel »hensyntagen til national ret«³¹, mens andre, der ligestiller Unionens retsinstansers situation, når de træffer afgørelse i EF-varemærketvister, med situationen, når de træffer afgørelse i medfør af en voldgiftsklausul, lægger til grund, at disse henvisninger bemyndiger Retten til »direkte [at] anvende og fortolke« en medlemsstats nationalretlige regler³².

70. Det er under alle omstændigheder sikkert, at artikel 53, stk. 2, i forordning nr. 207/2009 forpligter Unionens institutioner til i tilfælde af begæring om et EF-varemærkes ugyldighed på grundlag af en ældre ret beskyttet ved en regel i national ret at foretage en fastlæggelse og fortolkning af denne retsregel, selv om den ikke giver national ret karakter af EU-ret.

71. I en situation som den her omtvistede påhviler det Harmoniseringskontoret at undersøge, om betingelserne for anvendelse af den pågældende ugyldighedsgrund er opfyldt i forbindelse med ugyldighedssagen. Hvis denne grund er forbundet med, at der foreligger en ældre rettighed beskyttet i national ret, kan Unionens institutioner efter min opfattelse ikke begrænse sig til en kontrol af det fremlagte bevismateriales værdi og rækkevidde. Det kan ligeledes blive nødvendigt at fortolke og anvende denne ret, således som den foreliggende sag er et åbenbart eksempel på. Harmoniseringskontoret, appelkammeret og Retten stod i forbindelse med en anfægtelse af bevisværdien af kontrakten af 1986, hvoraf Mediatek Italia fremlagde en fotokopi, over for nødvendigheden af at skulle fortolke og anvende de påberåbte bevisregler. Kontrollen af, om den påberåbte ældre rettighed er fastslået og bevist i medfør af den gældende nationale lovgivning, udgør et forudgående spørgsmål, som skal besvares, inden den EU-retlige regel, som rammer EF-varemærket med ugyldighed, kan anvendes. Selv hvis *adage jura novit curia* ikke udstrækker sig til national ret, som Unionens retsinstanser ikke antages at kende, og hvis denne rets indhold processuelt opfattes som et faktisk forhold, som partnerne skal nedlægge påstand om og bevise, gælder det ikke desto mindre, at denne rettighed indtager den samme stilling i den intellektuelle begrundelse, der fører til tvistens løsning, som enhver retsregel, uanset dennes oprindelse, ud fra synspunktet hos den person, der skal anvende den.

72. Dette er grundene til min opfattelse, hvorefter artikel 53, stk. 2, i forordning nr. 207/2009 lader national ret indtage en vis retlig karakter i Unionens retsorden, som forbyder, at den udelukkende behandles blot som et faktisk spørgsmål.

30 — Jf. navnlig G.C. Rodríguez Iglesias, »Le droit interne devant le juge international et communautaire«, *Du droit international au droit de l'intégration Liber amicorum Pierre Pescatore*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1987, s. 583, H. Chanteloup, »La prise en considération du droit national par le juge communautaire: contribution à la comparaison des méthodes et solutions du droit communautaire et du droit international privé«, *Revue critique de droit international privé*, 2007, s. 539, generaladvokat Jääskinens forslag til afgørelse i den sag, der gav anledning til dom af 15.11.2011, forenede sager C-106/09 P og C-107/09 P, Kommissionen og Spanien mod Government of Gibraltar og Det Forenede Kongerige, Sml. I, s. 11113, punkt 38-48, og generaladvokat Mengozzis forslag til afgørelse i den sag, der gav anledning til dom af 9.6.2011, sag C-401/09 P, Evropaiki Dynamiki mod ECB, Sml. I, s. 4911, punkt 66-76.

31 — Jf. i denne retning H. Chanteloup, som anfører, at »mekanismen med hensyntagen fører til [...] at en regel omdannes til en simpel retlig oplysning, der omdannes til en faktisk oplysning, som er egnet til at forstås af en regel, der skal anvendes« (punkt 14). Denne omdannelse af national ret til en oplysning om faktiske forhold er endnu mere fremtrædende i EU-retten end i international privatret på grund af princippet om selvstændig fortolkning af denne ret, hvorefter Unionens retsinstanser »oftest afviser at søge ly bag de nationale kvalifikationer« (ibidem).

32 — Generaladvokat Jääskinens forslag til afgørelse i den sag, som gav anledning til dommen Kommissionen og Spanien mod Government of Gibraltar og Det forenede Kongerige.

73. Denne konklusion underbygges af den vejledning, der kan udledes af dommen i sagen Edwin mod KHIM.

iii) Rækkevidden af dommen i sagen Edwin mod KHIM

74. Dommen i sagen Edwin mod KHIM yder væsentlige bidrag til svar vedrørende fordelingen af rollerne mellem den, der har fremsat begæringen, Harmoniseringskontorets kompetente instanser, Retten og Domstolen.

75. For det første udleder Domstolen af gennemførelsesforordningens regel 37, at den part, der har indgivet begæring om et EF-varemærkes ugyldighed på grund af en ældre rettighed beskyttet i national ret, over for Harmoniseringskontoret skal fremlægge materiale, som fastslår denne regels indhold.

76. For det andet pålægger Domstolen Harmoniseringskontorets kompetente instanser »at bedømme gyldigheden og rækkevidden af de af [den, der har fremsat begæringen,] fremlagte beviser for at fastlægge indholdet af ovennævnte regel«³³.

77. For det tredje udtaler Domstolen, at Retten har kompetence til at udføre en »fuldstændig legalitetskontrol i forhold til Harmoniseringskontorets bedømmelse af de af den, der har fremsat begæringen, fremlagte beviser med henblik på at fastlægge indholdet af den nationale lovgivning, som han påberåber sig beskyttelsen af«³⁴.

78. For det fjerde fastsætter Domstolen udstrækningen af sin egen kontrol ved at opdele den i tre etaper, som vedrører henholdsvis ordlyden, indholdet og rækkevidden af gældende ret. »[O]rdlyden af de pågældende nationale bestemmelser eller af den nationale retspraksis, som er relevant for dem, eller endog af den retsvidenskabelige litteratur, som vedrører dem«³⁵, er underlagt en kontrol af, om den er urigtigt gengivet, mens disse elementers indhold og rækkevidden af hver af dem i forhold til de andre er underlagt en kontrol af, om der foreligger åbenbare fejl.

79. Min fortolkning af den dom er mærkbart anderledes end Harmoniseringskontorets. I modsætning til Harmoniseringskontoret, som har anført, at det fremgår af dommen, at national ret er et faktisk spørgsmål, er det ikke min opfattelse, at Domstolen lod vægtskålen med et faktisk spørgsmål veje tungere end den med et retligt spørgsmål.

80. For det første skal det fastslås, at Domstolen vogtede sig for at tage parti i forhold til kvalifikationen af de »elementer«, som den, der har fremsat begæringen, skal fremlægge med henblik på at fastlægge indholdet af national ret. Domstolen undlod ikke alene at kvalificere »de faktiske elementer«, men idet den pålagde Retten »at bedømme gyldigheden og rækkevidden af de af [den, der har fremsat begæringen,] fremlagte beviser«, anvendte den herudover et nyt udtryk, som adskilte sig fra det udtryk, der sædvanligvis anvendes til at betegne den udførte kontrol vedrørende faktiske elementer, for at præcisere udstrækningen af den kontrol, som Harmoniseringskontorets kompetente instanser skal udføre vedrørende de fremlagte elementer.

81. Dernæst støttede Domstolen den »fuldstændig[e] legalitetskontrol«, som Retten skal foretage, på ordlyden af artikel 63, stk. 2, i forordning nr. 40/94, nu artikel 65, stk. 2, i forordning nr. 207/2009, som giver mulighed for klage over afgørelser fra Harmoniseringskontorets appelkamre i tilfælde af »inkompetence, væsentlige formmangler eller overtrædelse af traktaten, af denne forordning eller af *retsregler vedrørende deres gennemførelse* eller under påberåbelse af magtfordrejning«³⁶. Domstolen

33 — Præmis 51.

34 — Præmis 52.

35 — Præmis 53.

36 — Min fremhævelse.

henviste udtrykkeligt til generaladvokat Kokotts forslag til afgørelse, hvoraf det fremgik, at udtrykket »retsregler vedrørende [...] gennemførelse[n] [af forordning nr. 207/2009]« var tilstrækkeligt bredt til ikke kun at dække EU-retten, men ligeledes national ret, som skulle finde anvendelse i forbindelse med forordningens anvendelse³⁷.

82. Domstolen kunne imidlertid have begrundet denne kontrol ved at støtte sig på Rettens beføjelse til at sanktionere fejl begået ved bedømmelsen af faktiske omstændigheder. Domstolen har nemlig gentagne gange udtalt, at Retten ved udøvelsen af sin kontrol med lovligheden af afgørelser fra Harmoniseringskontorets appelkamre kan efterprøve, om appelkamrene har foretaget en korrekt retlig kvalifikation af de faktiske forhold i sagen, eller om »bedømmelsen af de faktiske forhold, der blev forelagt kamrene, er behæftet med fejl«³⁸.

83. Hvis Domstolen blot havde anset national ret for et faktisk forhold, ville den dermed logisk set have været nødt til at begrunde Rettens kontrol med dennes beføjelse til at sanktionere fejl begået ved bedømmelsen af faktiske omstændigheder.

84. Endelig kan det anføres, at Domstolen udstrakte sin kontrol i forbindelse med en appel længere end til den urigtige gengivelse af forhold fremlagt for Retten, idet den anerkendte, at der skulle foretages en kontrol af åbenbare fejlbedømmelser³⁹. Selv om det ikke er nemt at afgøre, hvor den retslige legalitetskontrol går til i forbindelse med denne kontrol, er det muligt at antage, at kontrollen vedrørende en urigtig gengivelse og den vedrørende en åbenbar fejlbedømmelse sandsynligvis ikke kun adskiller sig fra hinanden ved deres intensitet, men ligeledes ved deres genstand, idet den første vedrører selve indholdet af national ret, mens den anden kan udføres vedrørende fortolkningen og anvendelsen af denne ret.

85. I den sidste ende fremgår det af ordlyden af og ånden i den gældende lovgivning og af Domstolens fortolkning af de to væsentligste vejledninger, hvoraf den første vedrører national rets stilling og den anden Unionens retsinstitutters prøvelse ex officio.

86. For det første kan national ret, selv om den skal påberåbes og bevises af den, der har indgivet begæring om ugyldighed, ikke blot anses for et faktisk forhold. Henvisningen til national ret i forordning nr. 207/2009 tildeler denne ret en retlig karakter, som på en vis måde er en del af den samlede EU-retlige regulering, der er underlagt Rettens fuldstændige legalitetskontrol.

87. For det andet er Harmoniseringskontorets kompetente instansers og Unionens retsinstitutters prøvelse ex officio i forbindelse med anvendelsen af national ret ikke reguleret af et princip om neutralitet, som isolerer dem i en rent passiv rolle, der forbyder dem enhver beføjelse til at kontrollere den påberåbte rets indhold.

88. Det er under hensyntagen til disse to forhold, at det skal vurderes, om Retten ex officio skal kontrollere den anvendelige nationale ret.

37 — Det nævnte forslag til afgørelse, punkt 61-67.

38 — Jf. dom af 18.10.2012, forenede sager C-101/11 P og C-102/11 P, Neuman m.fl. mod José Manuel Baena, EU:C:2012:641, præmis 39 og den deri nævnte retspraksis.

39 — Jf. L. Coutron, »De l'irruption du droit national dans le cadre du pourvoi«, *Revue trimestrielle de droit européen*, 2012, s. 170, som bemærker, at »den gentagne påberåbelse af en kontrol af åbenbare fejl snarere tilskynder til, at [...] [national ret] anses for et retligt forhold under appellen«.

iv) Kontrol ex officio af gældende national ret

89. Jeg er af den opfattelse, at udøvelse af den fuldstændige legalitetskontrol, der tilkommer Retten, forudsætter, at den kan løse tvisten på en måde, som er i overensstemmelse med gældende national ret, og at Retten med dette formål og om nødvendigt ex officio kan kontrollere betingelserne for anvendelse og rækkevidden af de regler i national ret, som parterne har påberåbt sig til støtte for deres påstande.

90. Tre argumenter taler for denne løsning.

91. Det første argument vedrører den effektive virkning af forordning nr. 207/2009. Det forekommer mig, at der rejses tvivl om det med forordningen forfulgte formål om EF-varemærkebeskyttelse, hvis et varemærke kan findes ugyldigt på grundlag af en ældre rettighed beskyttet ved en national lovgivning, uden at Harmoniseringskontorets kompetente instanser eller Retten kan kontrollere, hvordan det spørgsmål, de skal besvare, løses i henhold til gældende national ret. Det er ubestrideligt, at en fejlagtig bedømmelse af denne ret kan medføre, at det med urette antages, at der findes en ældre rettighed, og at ugyldighedsbegæringen tages til følge.

92. Det andet argument vedrører kravene i henhold til princippet om effektiv retsbeskyttelse. Beføjelsen til ex officio at kontrollere, om betingelserne for anvendelse af den påberåbte regel i national ret er opfyldt, forekommer mig ligeledes at følge af kravet om, at alle afgørelser fra Harmoniseringskontorets kompetente instanser, som medfører, at EF-varemærkeindehaveren fratages sin ret, kan underlægges en domstolskontrol rettet mod at sikre den effektive beskyttelse af denne ret. Domstolskontrollen har imidlertid ikke noget indhold, hvis Unionens retsinstanser skal begrænse sig til de dokumenter, der er fremlagt af den, der har fremsat begæringen, idet det indebærer en risiko for en fejlagtig anvendelse eller en fejlfortolkning af de gældende regler.

93. Det tredje argument vedrører den rolle, som Harmoniseringskontorets kompetente instanser spiller i EF-varemærketvister. Disse instanser, som langt fra er isoleret i en rent administrativ rolle, udøver en nærmest retslig funktion svarende til de nationale retsinstansers funktion, når de træffer afgørelse vedrørende et modkrav i en krænkelssesag. I øvrigt giver artikel 100, stk. 2, i forordning nr. 207/2009 deres afgørelse retskraft. Det forekommer dermed ikke logisk, at intensiteten af kontrollen med anvendelsen og fortolkningen af national ret er meget forskellig afhængig af, om ugyldighedsbegæringen er fremsat som hovedkrav ved Harmoniseringskontoret eller som modkrav ved den nationale retsinstans.

94. Det skal understreges, at beføjelsen til ex officio at indhente oplysninger om relevant national ret på ingen måde tilsigter at udfylde et eventuelt hul i førelsen af det bevis, der påhviler den, der har fremsat begæringen, for indholdet af national ret. Der er derimod tale om at give Unionens retsinstanser mulighed for at kontrollere relevansen af national ret, der er gjort gældende og påberåbt som bevis. Hvis de forbydes at foretage en reel kontrol, indebærer det i sidste ende, at Harmoniseringskontorets kompetente instanser omdannes til kamre, som blot kan registrere den nationale ret, som den, der har fremsat begæringen, har fremlagt.

95. Det er derfor min opfattelse, at Retten med rette kontrollerede, om appelkammeret havde fulgt en korrekt fortolkning af relevant italiensk ret, idet den ex officio indhentede oplysninger om denne ret.

96. Det er derimod min opfattelse, at begrundelsen for denne kontrolopgave ikke findes i begrebet velkendt kendsgerning.

97. For det første kan national ret ikke tillægges karakter af et faktisk forhold.

98. For det andet – og vigtigere – fremkalder anvendelsen af begrebet velkendt kendsgerning på national ret en væsentlig retsuskikkerhed og er kilde til vilkårlighed. Jeg tvivler i denne henseende stærkt på, at de komplekse principper, som regulerer beviset for private dokumenter i italiensk ret, er tilgængelige for alle og reelt kan kvalificeres som »velkendte kendsgerninger«.

99. Således som jeg har anført ovenfor, baserer jeg pligten til at foretage kontrol ex officio på behovet for at opretholde den effektive virkning af forordning nr. 207/2009 og på kravene om effektiv retsbeskyttelse.

100. Det skal videre præciseres, at denne pligt forbliver begrænset. Således som Retten har udtalt⁴⁰, skal den kun finde anvendelse i tilfælde, hvor Harmoniseringskontoret allerede er i besiddelse af oplysninger om national ret. Det er endvidere ikke muligt at ændre tvistens genstand ved at indføre nye faktiske forhold, men udelukkende at kontrollere indholdet, betingelserne for anvendelse og rækkevidden af de påberåbte regler i national ret.

101. Denne præcisering svarer i det mindste delvis på den indvending af praktisk karakter, som Harmoniseringskontoret har gjort gældende, hvorefter det er praktisk umuligt at kende den ret, der finder anvendelse. Der er ikke tale om, at Harmoniseringskontorets kompetente instanser skal sætte sig i parternes sted for så vidt angår bevisførelsen. Deres oplysningspligt er endnu mere begrænset, eftersom den kun tilsigter at kontrollere korrektheden af de af den, der har fremsat begæringen, fremlagte oplysninger vedrørende indholdet af national ret og rækkevidden af den beskyttelse, denne tildeler.

102. Herudover forekommer det mig – uden at se bort fra de vanskeligheder, som Harmoniseringskontoret står over for ved undersøgelsen af indholdet af national ret – at udviklingen af informationshjælpemidler sætter dette EU-organ, som, således som det erindres, råder over efterforskningsmidler, i stand til at kontrollere overensstemmelsen i det, som den, der har fremsat begæringen, har fremført vedrørende den i national ret tildelte beskyttelse.

103. På baggrund af ovenstående forhold er det min opfattelse, at Harmoniseringskontorets første anbringende skal forkastes.

B – Det andet anbringende vedrørende tilsidesættelsen af Harmoniseringskontorets ret til at blive hørt

1. Parternes argumenter

104. Harmoniseringskontoret har anført, at i henhold til et almindeligt EU-retligt princip skal adressaterne for offentlige myndigheders beslutninger, der føleligt berører deres interesser, i rette tid have lejlighed til at fremføre deres synspunkter⁴¹.

105. Harmoniseringskontoret har anført, at det i denne sag ikke har haft mulighed for at give sit synspunkt til kende vedrørende dommen af 14. juni 2007, som parterne ikke havde påberåbt sig under den administrative procedure, og som derfor ikke var en del af tvisten ved appelkammeret, og at Rettens begrundelse og konklusion ville have været anderledes, hvis det havde haft denne mulighed.

106. Harmoniseringskontoret har på dette grundlag konkluderet, at Retten tilsidesatte dets ret til at blive hørt.

40 — Dommen i sagen El Corte Inglés mod KHIM – Chez Gerard (CLUB GOURMET), præmis 41.

41 — Harmoniseringskontoret har henvist til Rettens dom af 27.2.2002, sag T-34/00, Eurocool Logistik mod KHIM (EUROCOOL), Sml. II, s.683, præmis 21, og af 15.9.2005, sag T-320/03, Citicorp mod KHIM (LIVE RICHLIY), Sml. II, s. 3411, præmis 22.

107. NLC har svaret, at det retlige spørgsmål, for hvilket Corte suprema di cassazione praksis var relevant, var blevet rejst under retsmødet, eftersom Retten i henhold til procesreglementets artikel 64 ved brev af 7. februar 2012 opfordrede Harmoniseringskontoret til at besvare spørgsmål vedrørende rækkevidden af den italienske borgerlige lovbogs artikel 2704. NLC har redegjort for, at Harmoniseringskontoret dermed har haft mulighed for at blive hørt vedrørende dette spørgsmål, både skriftligt og under retsmødet, og at det i tilfælde af en forudgående underretning om enhver relevant eller potentielt relevant retspraksis ikke kan antages, at en dom, som henviser hertil, tilsidesætter retten til at blive hørt.

108. NLC har tilføjet, at hvis det antages, at Retten begik en retlig fejl ved ikke at give Harmoniseringskontoret mulighed for at fremsætte bemærkninger til retspraksis, indvirker denne fejl under ingen omstændigheder på afgørelsens udfald.

2. Min bedømmelse

109. Selv om Retten, således som jeg har anført, inden for visse grænser ex officio skal indhente oplysninger om indholdet af national ret, forekommer det mig grundlæggende i denne anledning atter at bekræfte den rækkevidde, som Domstolen altid har tildelt det kontradiktoriske princip, som udgør det grundlæggende krav for enhver retfærdig rettergang.

110. Retten til en retfærdig rettergang udgør et grundlæggende EU-retligt princip, der er knæsat i artikel 47 i Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder og artikel 6 i den europæiske konvention til beskyttelse af menneskerettigheder og grundlæggende frihedsrettigheder⁴², hvis beskyttelse »svarer [her]til«⁴³.

111. For at opfylde kravene i EU-retten skal Unionens retsinstanser håndhæve og selv overholde kontradiktionsprincippet⁴⁴, som gælder for enhver procedure, som kan munde ud i, at en fællesskabsinstitution træffer en afgørelse, der berører en persons interesser føleligt⁴⁵.

112. Kontradiktionsprincippet giver ikke blot hver part i en tvist retten til at få kendskab til og kommentere de aktstykker og indlæg, som modparten har forelagt retsinstansen. Princippet medfører ligeledes retten til at få kendskab til og kommentere de spørgsmål, som retsinstansen af egen drift har rejst, og hvorpå denne skal basere sin afgørelse⁴⁶.

113. Retspraksis har klart anerkendt denne ret ikke kun, når retten støtter sin afgørelse på faktiske forhold og dokumenter, som parterne ikke kunnet få kendskab til⁴⁷, men ligeledes, når den støtter sin afgørelse på et retligt anbringende, den har rejst ex officio⁴⁸.

114. Anvendelsesområdet for retten til at blive hørt udstrækker sig nemlig til alle de forhold, der er afgørende for udfaldet af proceduren⁴⁹, og udgør grundlaget for afgørelsen, uanset om der er tale om faktiske eller retlige forhold, og det er kun det endelige standpunkt, som administrationen påtænker at indtage, eller selve den handling at træffe afgørelse, der ikke er omfattet heraf.

42 — Konventionen er undertegnet i Rom den 4.11.1950.

43 — Dom af 11.7.2013, sag C-439/11 P, Ziegler mod Kommissionen, EU:C:2013:513, præmis 126 og den deri nævnte retspraksis.

44 — Dom af 2.12.2009, sag C-89/08 P, Kommissionen mod Irland m.fl., Sml. I, s. 11245, præmis 51 og 54, og af 17.12.2009, sag C-197/09 RX-II, fornyet prøvelse M mod EMEA, Sml. I, s. 12033, præmis 42.

45 — Dommen i sagen Kommissionen mod Irland m.fl., præmis 50, og i sagen fornyet prøvelse M mod EMEA, præmis 41.

46 — Dommen i sagen Kommissionen mod Irland m.fl., præmis 52 og 55 og den deri nævnte retspraksis.

47 — Ibidem, præmis 52 og den deri nævnte retspraksis.

48 — Ibidem, præmis 55. Jf. ligeledes dommen i sagen fornyet prøvelse M mod EMEA, præmis 41, og dom af 21.2.2013, sag C-472/11, Banif Plus Bank, EU:C:2013:88, præmis 30. Den sag, der gav anledning til den sidstnævnte dom, vedrørte den nationale rets prøvelse ex officio af, om et vilkår var urimeligt. Løsningen, som byggede på de almindelige retskrav til en retfærdig rettergang, forekommer mig ikke desto mindre at kunne overføres til Unionens retsinstanser, som påtænker at løse tvisten ved at støtte sig på et anbringende, der er gjort gældende ex officio.

49 — Dommen i sagen Kommissionen mod Irland m.fl., præmis 56, og i sagen fornyet prøvelse M mod EMEA, præmis 41.

115. Det skal dermed undersøges, om parterne i denne sag under proceduren havde mulighed for at fremsætte bemærkninger til de forhold, som Retten anførte ex officio, eller ej.

116. Således som det i denne henseende fremgår af Rettens skrivelse af 7. februar 2012 og de spørgsmål, der var bilagt, blev parterne ikke sat i stand til at fremsætte bemærkninger til dommen af 14. juni 2007, selv om de kunne gøre deres standpunkt gældende vedrørende bestemmelserne i den italienske borgerlige lovbogs artikel 2704.

117. En gennemgang af den appellerede doms præmis 32, 35, 36, 39 og 40 lader det klart fremgå, at indholdet af dommen af 14. juni 2007 var afgørende for Rettens begrundelse, og at løsningen ville have været en anden, hvis det ikke var taget hensyn hertil. Det er fordi, appelkammeret ikke havde taget hensyn til denne retspraksis, hvorefter der kunne føres bevis mod sandhedsværdien af poststemplets dato, uden at det var nødvendigt at anvende proceduren om forfalskning, at Retten antog, at appelkammeret burde have lagt større vægt på de af NLC påståede uregelmæssigheder, og at den omtvistede afgørelse derfor skulle annulleres.

118. Det følger af det ovenstående, at Retten tilsidesatte det kontradiktoriske princip, som følger af kravene til en retfærdig rettergang.

119. Det er dermed min opfattelse, at det andet appelanbringende skal tages til følge.

120. Under disse omstændigheder er det min opfattelse, at det er uforholdsmæssigt at undersøge det tredje anbringende vedrørende en åbenbart selvmodsigende og urigtig gengivelse af de faktiske omstændigheder.

V – Sagens hjemvisning til Retten

121. Artikel 61, stk. 1, i statuten for Domstolen bestemmer, at giver Domstolen appellantens medhold, ophæver den af Retten truffede afgørelse. Domstolen kan i denne forbindelse enten selv træffe endelig afgørelse, hvis sagen er moden til påkendelse, eller hjemvise den til Retten til afgørelse.

122. I denne sag er det min opfattelse, at tvisten ikke er moden til påkendelse, eftersom parterne skal kunne forklare sig kontradiktorisk vedrørende de forhold i national ret, som Retten anførte ex officio.

123. Disse betragtninger leder mig til at foreslå, at denne sag hjemvises til Retten, således at den kan træffe afgørelse vedrørende realiteten.

VI – Forslag til afgørelse

124. På baggrund af ovenstående betragtninger foreslår jeg Domstolen at træffe følgende afgørelse:

- »1) Dom af 13. september 2012 afsagt af Den Europæiske Unions Ret i sag T-404/10, National Lottery Commission mod KHIM – Mediatek Italia og De Gregorio (Gengivelse af en hånd), ophæves.
- 2) Sagen hjemvises til Den Europæiske Unions Ret med henblik på, at den træffer afgørelse om sagens realitet.
- 3) Afgørelsen om sagens omkostninger udsættes.«