Samling af Afgørelser

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT
N. JÄÄSKINEN
fremsat den 31. marts 2011[1]

Sag C-190/10

Génesis Seguros Generales Sociedad Anónima de Seguros y Reaseguros (GÉNESIS)
mod
Boys Toys SA
og
Administración del Estado

(anmodning om præjudiciel afgørelse indgivet af Tribunal Supremo (Spanien))

»EF-varemærker — ansøgningsmåder — artikel 27 i Rådets forordning (EF) nr. 40/94 — elektronisk indgivelse af ansøgningen — hensyntagen til datoen, timen og minuttet for indgivelsen af ansøgningen«

I – Indledning

1. Tribunal Supremo (Spanien) har med den præjudicielle forelæggelse stillet Domstolen et spørgsmål vedrørende fortolkningen af begrebet »datoen for ansøgning« for registrering af et EF-varemærke. Der er tale om, hvorvidt der ved anvendelsen af artikel 27 i forordning (EF) nr. 40/94[2] ud over ansøgningsdatoen kan tages hensyn til timen og minuttet for indgivelsen for at kunne påberåbe sig EF-varemærkets prioritet.

II – Retsforskrifter

A – *International ret*

2. Pariserkonventionen om beskyttelse af industriel ejendomsret af 20. marts 1883[3] (herefter »Pariserkonventionen«) bestemmer følgende i artikel 4 A:

»(1) Den, som i et af unionslandene på foreskreven måde har indgivet andragende om […] et varemærke […] skal […] inden for de nedenfor fastsatte frister nyde fortrinsret med hensyn til indlevering af tilsvarende andragende i de andre lande.

(2) Som fortrinsretsbegrundende skal anerkendes ethvert andragende, der i henhold enten til den nationale lovgivning i et unionsland eller til bilaterale eller multilaterale aftaler mellem unionslandene er ligestillet med et forskriftsmæssigt nationalt andragende.

1 — Originalsprog: fransk.

2 — Rådets forordning af. 20.12.1993 om EF-varemærker (EFT 1994 L 11, s. 1), som blev ophævet ved Rådets forordning (EF) nr. 207/2009 af 26.2.2009 om EF-varemærker kodificeret udgave (EUT L 78, s. 1), der trådte i kraft den 13.4.2009. Henset til datoen for de faktiske omstændigheder i hovedsagen henhører denne anmodning om fortolkning under forordning nr. 40/94.

3 — Pariserkonventionen om beskyttelse af industriel ejendomsret af 20.3.1883 er til rådighed på følgende hjemmeside: http://www.wipo.int/treaties/fr/ip/paris/trtdocs_wo020.html

(3) Ved forskriftsmæssigt nationalt andragende skal forstås ethvert andragende, som er fyldestgørende i henseende til at fastslå den dag, på hvilken anmeldelsen blev indgivet i det pågældende land, uanset det endelige udfald af dette andragende.«

3. Pariserkonventionens artikel 4 C har følgende ordlyd:

»(1) De ovennævnte fortrinsretsfrister skal udgøre […] seks måneder for industri- eller mønstre og modeller samt for varemærker.

(2) Disse frister begynder at løbe fra den dag, da det første andragende blev indgivet. Indgivelsesdagen medregnes ikke i fristen.

(3) Hvis fristens sidste dag er en lovbestemt helligdag eller en dag, på hvilken kontoret i det land, hvor beskyttelsen kræves, ikke er åbent for modtagelse af andragender, skal fristen forlænges til den første påfølgende søgnedag.«

B – *EU-retten*

4. Artikel 8 i forordning nr. 40/94, der har overskriften »Relative hindringer for registrering«, bestemmer:

»1. Hvis indehaveren af et ældre varemærke rejser indsigelse, er det varemærke, der søges registreret, udelukket fra registrering:

a) såfremt det er identisk med det ældre varemærke, og de varer eller tjenesteydelser, for hvilke mærket søges registreret, er af samme art som de varer eller tjenesteydelser, for hvilke det ældre mærke er beskyttet

b) såfremt der i offentlighedens bevidsthed inden for det område, hvor det ældre mærke er beskyttet, er risiko for forveksling, fordi det yngre mærke er identisk med eller ligner det ældre varemærke, og varerne eller tjenesteydelserne er af samme eller lignende art; risikoen for forveksling indbefatter risikoen for, at der antages at være en forbindelse med det ældre varemærke.

2. Ved »ældre varemærker« efter stk. 1 forstås:

a) varemærker af følgende kategorier, hvis ansøgningsdato ligger før datoen for EF-varemærkeansøgningen, i givet fald under hensyntagen til den prioritet, der gøres gældende til støtte for disse mærker:

   i) EF-varemærker

   ii) varemærker, som er registreret i en medlemsstat eller, for så vidt angår Belgien, Luxembourg og Nederlandene, hos Benelux-varemærkemyndigheden

   iii) varemærker, som er genstand for en international registrering med retsvirkning i en medlemsstat

b) de under litra a) omhandlede varemærkeansøgninger med forbehold af deres registrering

c) varemærker, som på tidspunktet for ansøgningen om registrering som EF-varemærke eller i givet fald på tidspunktet for den prioritet, der gøres gældende til støtte for ansøgningen, er vitterlig kendt i en medlemsstat i den i artikel 6b i Pariserkonventionen angivne betydning [...]«

5. Artikel 14 i forordning nr. 40/94, der har overskriften »Komplementær anvendelse af nationale retsregler om krænkelse«, bestemmer i stk. 1, at EF-varemærkets retsvirkninger alene bestemmes af forordningen.

6. Artikel 26, stk. 1, i forordning nr. 40/94 opstiller kravene til EF-varemærkeansøgningen, herunder a) en anmodning om registrering af et EF-varemærke, b) oplysninger, der gør det muligt at fastslå ansøgerens identitet, c) en fortegnelse over de varer eller tjenesteydelser, for hvilke der ansøges om registrering, og d) en gengivelse af mærket. Artiklens stk. 2 bestemmer, at der skal betales et ansøgningsgebyr ved ansøgningen.

7. Artikel 27 i forordning nr. 40/94, der har overskriften »Ansøgningsdato«, har følgende ordlyd:

»Datoen for ansøgning om registrering af et EF-varemærke er den dato, på hvilken ansøgeren har indgivet dokumenter, som indeholder de i artikel 26, stk. 1, omhandlede angivelser, til Harmoniseringskontoret eller til en medlemsstats centrale myndighed eller Beneluxlandenes Varemærkemyndighed, hvis ansøgningen indgives til en af disse, forudsat at ansøgningsgebyret indbetales inden en måned efter indgivelsen af nævnte dokumenter.«

8. Det bestemmes i samme forordnings artikel 29, at retten til prioritet finder anvendelse inden for en frist på seks måneder regnet fra datoen for indgivelsen af den første ansøgning. Enhver ansøgning, der ifølge national lovgivning i den stat, hvor ansøgningen er indgivet, eller ifølge bilaterale eller multilaterale overenskomster svarer til en forskriftsmæssig national ansøgning, skal anses for prioritetsbegrundende. Ved forskriftsmæssig national ansøgning skal forstås enhver ansøgning, for hvilken ansøgningsdatoen kan fastslås, uanset det senere udfald af ansøgningen.

9. Artikel 32 i forordning nr. 40/94 bestemmer, at en EF-varemærkeansøgning, for hvilken der er fastsat en ansøgningsdato, i medlemsstaterne skal ligestilles med en forskriftsmæssig national ansøgning, i givet fald med den prioritet, der påberåbes for EF-varemærkeansøgningen.

10. Artikel 97 i forordning nr. 40/94, der har overskriften »Lovvalg«, bestemmer:

»1. EF-varemærkedomstolene anvender bestemmelserne i denne forordning.

2. I alle spørgsmål, der ikke henhører under forordningens anvendelsesområde, anvender EF-varemærkedomstolen sin nationale ret, herunder sin internationale privatret.

3. Medmindre andet er fastsat i denne forordning, anvender en EF-varemærkedomstol de retsplejeregler, der gælder for sager af samme art vedrørende et nationalt varemærke i den medlemsstat, hvor den er beliggende.«

11. Regel 5 i Kommissionens forordning (EF) nr. 2868/95 af 13. december 1995 om gennemførelsesbestemmelser til Rådets forordning (EF) nr. 40/94 om EF-varemærker[4] (herefter »gennemførelsesforordning nr. 2868/95«), der har overskriften »Indgivelse af ansøgning«, bestemmer:

»1. [Harmoniseringskontoret] påfører ansøgningsdokumenterne modtagelsesdatoen og ansøgningens journalnummer. Det udsteder straks en kvittering for modtagelsen til ansøgeren indeholdende mindst journalnummeret, en gengivelse, beskrivelse eller anden identifikation af varemærket, dokumenternes art og antal samt modtagelsesdatoen.

[…]«

4 — EFT L 303, s. 1.

C – National ret

12. Artikel 6, stk. 2, i lov nr. 17/2001 af 7. december 2001 om varemærker (Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de Marcas, BOE nr. 294 af 8.12.2001, s. 45579, herefter »lov nr. 17/2001 om varemærker«) definerer, hvad der skal forstås ved ældre varemærker, på denne måde:

»a) et registreret varemærke, hvor indgivelses- eller prioritetsdatoen for ansøgningen om registrering ligger forud for datoen for den ansøgning, der skal undersøges, og som henhører under følgende kategorier: i) spanske varemærker, ii) varemærker, der er registreret internationalt med virkning for Spanien, iii) EF-varemærker

b) et registreret EF-varemærke, hvis indehaver i overensstemmelse med forordningen om EF-varemærker gyldigt påberåber sig anciennitet i forhold til et af de under litra a), nr. i) og ii), omhandlede varemærker, selv hvis dette sidstnævnte varemærke har været genstand for afkald eller er bortfaldet

c) ansøgningen om registrering af et varemærke som omhandlet i litra a) og b) med forbehold for, at registreringen bekræftes

d) et ikke registreret varemærke, som på ansøgningsdatoen eller prioritetsdatoen for den varemærkeansøgning, der skal undersøges, er »vitterligt kendt« i Spanien i den i Pariserkonventionens artikel 6bis omhandlede forstand.«

13. Lovens artikel 11, der har overskriften »Indgivelse af ansøgningen«, bestemmer:

»1. En ansøgning om varemærkeregistrering indgives til den kompetente myndighed i den selvstyrende region, hvor ansøgeren har bopæl eller en regulær industri- eller handelsvirksomhed […]

[…]

6. Den myndighed, der er kompetent til at modtage ansøgningen, registrerer på tidspunktet for dens modtagelse ansøgningens nummer samt dagen, timen og minuttet for dens indgivelse i en form, der er fastsættes ved bekendtgørelse.«

14. Artikel 12 i lov nr. 17/2001 om varemærker, der opstiller de betingelser, som ansøgningen skal opfylde, har følgende ordlyd:

»1. En ansøgning om varemærkeregistrering skal mindst indeholde: en anmodning om registrering af varemærket, ansøgerens identitet, en gengivelse af varemærket, en fortegnelse over de varer eller tjenesteydelser, for hvilke der ansøges om registrering.

[…]«

15. Artikel 13 i lov nr. 17/2001 om varemærker bestemmer:

»1. Datoen for indgivelse af ansøgningen er det tidspunkt, hvor den kompetente myndighed i henhold til bestemmelserne i artikel 11 modtager de dokumenter, som indeholder de angivelser, der er fastsat i artikel 12, stk. 1.

2. Datoen for indgivelse af ansøgninger, der indgives på et postkontor, er det tidspunkt, hvor det pågældende kontor modtager de dokumenter, som indeholder de angivelser, der er fastsat i artikel 12, stk. 1, forudsat at disse dokumenter indgives i en åben kuvert, som rekommanderet brev med modtagelseskvittering, og stiles til den myndighed, der er kompetent til at modtage ansøgningen. Postkontoret registrerer dag, time og minut for ansøgningens indgivelse.

3. Såfremt en af de administrative myndigheder eller organer, som de foregående stykker henviser til, ikke på tidspunktet for modtagelsen af ansøgningen har noteret, i hvilken time den blev indgivet, angives dagens sidste time. Såfremt minuttet ikke er noteret, angives timens sidste minut. Såfremt hverken time eller minut er noteret, angives dagens sidste time og minut.«

III – Tvisten i hovedsagen, det præjudicielle spørgsmål og retsforhandlingerne for Domstolen

16. Génesis Seguros Generales Sociedad Anónima de Seguros y Reaseguros (herefter »Génesis«) indgav ad elektronisk vej to ansøgninger om registrering som EF-varemærke til Kontoret for Harmonisering i det Indre Marked (Varemærker og Design) (KHIM) (herefter »Harmoniseringskontoret«): ordmærke nr. 3 543 361 RIZO i klasse 16, 28, 35 og 36 i Nice-arrangementet af 15. juni 1957 vedrørende international klassificering af varer og tjenesteydelser til brug ved registrering af varemærker, som revideret og ændret (herefter »Nicearrangementet«), og ordmærke nr. 3 543 386 RIZO, EL ERIZO i klasse 16, 35 og 36 i Nicearrangementet.

17. Den forelæggende ret har understreget, at på baggrund af de beviser, den er blevet forelagt, fandt indgivelsen [5] til Harmoniseringskontoret af de elektroniske ansøgninger for disse to EF-varemærker sted henholdsvis kl. 11:52 og kl. 12:13 om formiddagen den 12. december 2003.

18. Det fremgår ligeledes af forelæggelsesafgørelsen, at selskabet Pool Angel Tomas SL samme dag den 12. december 2003 kl. 17:45 til Oficina Española de Patentes y Marcas (den spanske patent- og varemærkemyndighed, herefter »OEPM«) indgav en ansøgning om registrering af ordmærke nr. 2 571 979-3 RIZO'S i Nice-arrangementets klasse 28.

19. Génesis rejste indsigelse mod ansøgningen om registrering af det ovennævnte nationale varemærke RIZO'S, idet Génesis påberåbte sig sin prioritetsret på grundlag af EF-varemærkerne nr. 3 543 361 RIZO og nr. 3 543 386 RIZO, EL ERIZO.

20. Ved afgørelse af 9. december 2004 forkastede OEPM indsigelsen ud fra den betragtning, at de påberåbte varemærker ikke havde prioritet i forhold til det ansøgte varemærke og lod varemærket RIZO'S registrere.

21. Génesis indgav en klage med henblik på at få OEPM til at fastslå, at de EF-varemærker, som Génesis var indehaver af, havde prioritet, henset til den omstændighed, at ansøgningen om registrering af disse EF-varemærker var blevet indgivet ad elektronisk vej den 12. december 2003, og det var denne dato, der herved skulle tages i betragtning.

22. Ved afgørelse af 29. juni 2005 gav OEPM afslag på klagen, idet denne myndighed understregede, at ansøgningsdatoen for sagsøgerens EF-varemærker lå efter ansøgningsdatoen for det spanske varemærke RIZO'S, eftersom EF-varemærkeansøgningerne i henhold til artikel 27 i forordning nr. 40/94 havde fået ansøgningsdatoen den 7. januar 2004.

23. Génesis anlagde sag til prøvelse af denne afgørelse ved Tribunal Superior de Justicia de Madrid, anden afdeling for forvaltningssager, som ved dom af 7. februar 2008 tiltrådte registreringen af det ansøgte spanske varemærke RIZO'S. Retten fandt, at ansøgningsdatoen for de EF-varemærker, indsigelsen var støttet på, var datoen for den faktiske indgivelse af dokumentationen og ikke den 12. december 2003, som var datoen for ansøgningen ad elektronisk vej.

5 — Og hverken Harmoniseringskontorets modtagelse eller registrering.

24. Génesis iværksatte appel til prøvelse af dommen af 7. februar 2008 og har for det første anfægtet Tribunal Superior de Justicia de Madrids fortolkning vedrørende EF-varemærkeansøgningernes ansøgningsdato og har anført, at den korrekte fortolkning af artikel 26 og 27 i forordning nr. 40/94 indebærer, at ansøgningernes ansøgningsdato er den dato, hvor ansøgningerne blev indgivet til Harmoniseringskontoret og modtaget af dette, dvs. den 12. december 2003. Génesis er for det andet af den opfattelse, at Tribunal Superior de Justicia de Madrid, idet den ikke gav EF-varemærke nr. 3 543 361 RIZO og nr. 3 543 386 RIZO, EL ERIZO prioritet, tilsidesatte artikel 6, stk. 2, i lov nr. 17/2001 om varemærker, som i litra a) og c) bestemmer, at EF-varemærker, hvis ansøgningsdato ligger før registreringsansøgninger indgivet til OEPM, har prioritet.

25. Tribunal Supremo har bemærket, at artikel 27 i forordning nr. 40/94, som bestemmer, at datoen for ansøgning om registrering af et EF-varemærke er den dato, på hvilken denne ansøgning er indgivet til Harmoniseringskontoret eller til de andre organer, der er nævnt i denne bestemmelse, ikke fastsætter noget andet kriterium for rækkefølgen af registreringsansøgninger, når de indgives på samme dag. Det kriterium, der anvendes i Spanien for at fastlægge varemærkers prioritet, i tilfælde, hvor ansøgningsdagen er sammenfaldende, er timen og minuttet for indgivelsen til OEPM.

26. Under disse omstændigheder har Tribunal Supremo besluttet at udsætte sagen og at stille Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål:

»Kan artikel 27 i forordning [nr. 40/94] fortolkes således, at der kan tages hensyn til ikke alene dagen, men også timen og minuttet for indgivelsen af ansøgningen om registrering af et EF-varemærke ved Harmoniseringskontoret, for så vidt som der er blevet henvist til en sådan omstændighed med henblik på at bestemme den tidsmæssige prioritet i forhold til et nationalt varemærke, hvis registrering der er ansøgt om på samme dato, når den nationale bestemmelse, som regulerer registreringen af det sidstnævnte varemærke, anser ansøgningstimen for relevant?«

27. Anmodningen om præjudiciel afgørelse blev registreret på Domstolens Justitskontor den 16. april 2010. Der er indgivet skriftlige indlæg af Génesis, den spanske, den italienske og den græske regering samt af Europa-Kommissionen.

IV – Om det præjudicielle spørgsmål

A – *Generelle bemærkninger om varemærkeordningen*

28. Jeg ønsker indledningsvis at understrege varemærkeordningens kendetegn, dvs. dels dens internationale dimension qua natura, dels dens nødvendige territoriale begrænsning. Der skal endvidere tages hensyn til de forskellige varemærkebeskyttelsesordninger, som Unionens er en af[6].

29. Varemærkets karakteristiske træk fremgår allerede af det arbejde, der fulgte med Pariserkonventionens indgåelse[7]. For så vidt angår fastlæggelsen af den ordning, der finder anvendelse på beskyttelsen af den industrielle ejendomsret, blev det første forslag, som bestod i vedtagelsen af en ensartet overnational lovgivning, forkastet som utopisk og urealistisk. Det andet forslag, som vedrørte lovvalgsregler, i medfør af hvilke loven i opfindelsens oprindelsesland eller varemærkets

6 — B.K. Müller, *Multinational Trademark Registration Systems*, Bern, 2002.

7 — Det skal understreges, at i henhold til 12. betragtning til Rådets første direktiv 89/104/EØF af 21.12.1988 om indbyrdes tilnærmelse af medlemsstaternes lovgivning om varemærker (EFT 1989 L 40, s. 1) er medlemsstaterne bundet af Pariserkonventionen, hvorfor det er nødvendigt, at direktivets bestemmelser er i fuldstændig overensstemmelse med Pariserkonventionens bestemmelser.

registreringsland skulle finde anvendelse, blev anset for uretfærdigt. I overensstemmelse med konventionens artikel 2 valgte ophavsmændene derfor det tredje forslag om princippet om national behandling [8]. I medfør af territorialitetsprincippet (*lex loci protectionis*) er et varemærkes retsvirkninger begrænset til den stats område, hvor det er beskyttet [9].

30. I EU-retten udgør varemærkeretten en afgørende bestanddel i ordningen med ufordrejet konkurrence. Under denne ordning skal enhver virksomhed med henblik på at opbygge en fast kundekreds på grundlag af kvaliteten af sine varer eller tjenesteydelser sættes i stand til at få tegn, der gør det muligt for forbrugeren uden risiko for forveksling at adskille disse varer eller tjenesteydelser fra varer eller tjenesteydelser med en anden oprindelse, registreret som varemærke [10].

31. Harmoniseringen af lovgivningerne inden for varemærkeretten støttes på to rækker af tekster, der finder parallel anvendelse, men som ikke desto mindre er forbundet i flere henseender. Der er på den ene side tale om EF-varemærkeordningen, dvs. den industrielle ejendomsret i henhold til forordning nr. 40/94, som har indført en ensartet varemærkeret, der finder anvendelse på hele Unionens område. På den anden side har unionslovgiver via direktiv 89/104 gjort en indsats for at tilnærme de nationale lovgivninger uden dog at give køb på territorialitetsprincippet, dvs. forbindelsen mellem et varemærkes retsvirkninger og den pågældende medlemsstats område.

32. Det skal imidlertid understreges, at i henhold til femte betragtning til forordning nr. 40/94 træder Fællesskabets varemærkeregler ikke i stedet for medlemsstaternes lovgivning om varemærker. Nationale varemærker består, fordi de anses for nødvendige for de virksomheder, som ikke ønsker at beskytte deres varemærke på unionsplan [11].

33. EF-varemærket skal således supplere de nationale beskyttelsesordninger. Som det anføres i første og tredje betragtning til direktiv 89/104, tilsigter dette direktiv en delvis harmonisering, som er begrænset til de nationale bestemmelser, der har den mest direkte indvirkning på det indre markeds funktion [12].

34. Varemærkebeskyttelsen er dermed inden for Unionen kendetegnet ved sameksistensen mellem flere beskyttelsesordninger, hvilket kan føre til flere varemærkeansøgninger og – således som det vil fremgå – i undtagelsestilfælde til flere gyldige konkurrerende registreringer.

B – *Om varemærkets registrering og ansøgningsdato i EU-retten*

35. For så vidt angår EF-varemærkets registrering knytter bestemmelserne i forordning nr. 40/94 følger til indgivelsen af det nævnte varemærke i forskellige henseender.

8 — F.-K. Beier, »One Hundred Years of International Cooperation – The Role of the Paris Convention in the Past, Present and Future«, *International Review of Industrial Property and Copyright Law*, 15. udgave, nr. 1-6/1984, s. 1.

9 — M. Sabatier, *Pratique de la marque internationale*, Institut de Recherche en Propriété intellectuelle Henri-Desboi, 2007, nr. 8. Jf. i denne henseende generaladvokat Trstenjaks forslag til afgørelse i sag C-482/09, Budějovický Budvar, der verserer for Domstolen, punkt 50 ff.

10 — Jf. i denne retning, dom af 4.10.2001, sag C-517/99, Merz & Krell, Sml. I, s. 6959, præmis 21 og 22, af 12.11.2002, sag C-206/01, Arsenal Football Club, Sml. I, s. 10273, præmis 47 og 48, af 17.3.2005, sag C-228/03, Gillette Company og Gillette Group Finland, Sml. I, s. 2337, præmis 25, af 26.4.2007, sag C-412/05 P, Alcon mod KHIM, Sml. I, s. 3569, præmis 53 og 54, og af 14.9.2010, sag C-48/09 P, LEGO Juris mod KHIM, Sml. I, s. 8403, præmis 38.

11 — G. Bonet, »La marque communautaire«, *Revue trimestrielle de droit européen,* nr. 1, 1995, s. 59.

12 — Jf. som illustration for denne begrænsning punkt 79 i generaladvokat Cruz Villalóns forslag til afgørelse i sag C-96/09 P, Budějovický Budvar, der verserer for Domstolen. I øvrigt har Domstolen allerede udtalt, at den delvise harmonisering ikke udelukker, at harmoniseringen vedrørende navnlig de nationale regler, der har den mest direkte indvirkning på det indre markeds funktion, er fuldstændig. Jf. dom af 16.7.1998, sag C-355/96, Silhouette International Schmied, Sml. I, s. 4799, præmis 23, og af 11.3.2003, sag C-40/01, Ansul, Sml. I, s. 2439, præmis 27.

36. For det første er beskyttelsesperioden for varemærket i overensstemmelse med artikel 46 i forordning nr. 40/94 ti år regnet fra den dag, ansøgningen blev indgivet. Som det fremgår af artikel 8, stk. 2, litra a) og b), i forordning nr. 40/94, er datoen for ansøgning om registrering, således som defineret i samme forordnings artikel 27, for det andet afgørende for et varemærkes prioritet i forhold til et andet [13]. For det tredje er ansøgningsdatoen relevant for vurderingen af et varemærkes særpræg, som kan være opnået ved brug forud for ansøgningens indgivelse i den i artikel 7, stk. 3, i forordning nr. 40/94 omhandlede forstand. Endelig kan tidspunktet for registreringsansøgningens indgivelse komme i spil ved vurderingen af, om ansøgeren er i ond tro i den i artikel 51, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94 omhandlede forstand i forbindelse med afgørelsen af de absolutte ugyldighedsgrunde for varemærket [14].

37. Det følger heraf, at den nøjagtige fastlæggelse af ansøgningsdatoen udgør en grundlæggende bestanddel af EF-varemærkeordningen. For så vidt som denne præjudicielle forelæggelse omhandler fastlæggelsen af betydningen og rækkevidden af artikel 27 i forordning nr. 40/94 skal arten af begrebet »datoen for ansøgning« i denne bestemmelses forstand først fastlægges.

38. Det skal indledningsvis fastslås, at Pariserkonventionen ikke indeholder materielle regler, som regulerer ansøgningsvilkårene, men derimod i artikel 4 A, stk. 2, bestemmer, at det afgøres i henhold til den nationale lovgivning i et unionsland eller bilaterale eller multilaterale aftaler, de har indgået, om ansøgninger er forskriftsmæssige. Selv om nævnte konvention præciserer, at de kontraherende stater udgør en union til beskyttelse af industriel ejendomsret, indeholder samme konvention flere bestemmelser, som pålægger staterne at lovgive vedrørende industriel ejendomsret eller tillader dem at gøre det [15].

39. Forordning nr. 40/94 indeholder derimod en specifik bestemmelse, der regulerer vilkårene for ansøgning om et EF-varemærke. I henhold til forordningens artikel 27 er datoen for ansøgning om registrering af et EF-varemærke den dato, på hvilken ansøgeren har indgivet dokumenter, som indeholder de i artikel 26, stk. 1, omhandlede angivelser, til Harmoniseringskontoret eller til en medlemsstats centrale myndighed eller Beneluxlandenes Varemærkemyndighed, hvis ansøgningen indgives til en af disse, forudsat at ansøgningsgebyret indbetales inden en måned efter indgivelsen af nævnte dokumenter [16].

40. Det fremgår således af artikel 27 i forordning nr. 40/94, at denne bestemmelse ikke indeholder nogen udtrykkelig henvisning til medlemsstaternes lovgivning.

41. I denne henseende følger det i overensstemmelse med fast retspraksis af såvel kravene om en ensartet anvendelse af fællesskabsretten som af lighedsprincippet, at en bestemmelse i EU-retten, som ikke indeholder nogen udtrykkelig henvisning til medlemsstaternes ret med henblik på at fastlægge dens betydning og rækkevidde, normalt skal undergives en selvstændig og ensartet fortolkning i hele Den Europæiske Union, som skal søges under hensyntagen til bestemmelsens kontekst og formålet med den pågældende ordning [17].

42. I forbindelse med registreringen af et EF-varemærke skal der tages hensyn til registreringer af ældre nationale varemærker som retligt relevante faktiske omstændigheder, hvortil Unionens retsforskrifter knytter bestemte retsvirkninger.

13 — Ansøgningsdatoen er således relevant med henblik på at fastlægge det »ældre varemærke« i den i artikel 8 i forordning nr. 40/94 omhandlede forstand og mærker, hvis anmeldelsesdato ligger før varemærkets anmeldelsesdato [i overensstemmelse med artikel 4, stk. 2, litra a), nr. i), i direktiv 89/104].

14 — Jf. i denne henseende, dom af 11.6.2009, sag C-529/07, Chocoladefabriken Lindt & Sprüngli, Sml. I, s. 4893.

15 — G. H. C. Bodenhausen, Guide d'application de la Convention de Paris pour la protection de la propriété industrielle, BIRPI, 1969, s. 11.

16 — Det skal bemærkes, at princippet om en enkelt international ansøgning, der imidlertid beror på en registrering af varemærket i oprindelseslandet, blev indført ved Madrid-arrangementet af 14.4.1891 og ved Madrid-protokollen af 27.6.1989 om internationale varemærker. Jf. M. Sabatier, *Pratique de la marque internationale*, s. 5-7.

17 — Jf. ex multis, dom af 6.2.2003, sag C-245/00, SENA, Sml. I, s. 1251, præmis 23, og af 21.10.2010, sag C-467/08, Padawan, Sml. I, s. 10055, præmis 32.

43. Det følger heraf, at Harmoniseringskontoret hverken er forpligtet til at gøre de krav, som den kompetente varemærkemyndighed i oprindelseslandet stiller, eller den vurdering, denne har foretaget, til sin eller til at registrere det ansøgte varemærke, fordi det er registreret af nationale patent- og varemærkemyndigheder [18].

44. Det er derfor min opfattelse, at fastlæggelsen af et EF-varemærkes »ansøgningsdato« er et spørgsmål, som udelukkende er reguleret i EU-retten, som i denne henseende tager hensyn til relevante internationale konventioner. For så vidt som forordning nr. 40/94 ikke giver nogen retlig definition af begrebet »datoen for ansøgning«, skal rækkevidden og betydningen af dette begreb i forordningen undersøges.

C – *Datoen for indgivelse af ansøgningen i forbindelse med tvisten i hovedsagen*

45. Inden jeg går i gang med undersøgelsen af nøglebegrebet i disse retsforhandlinger, skal jeg efter at have læst forelæggelsesafgørelsen anføre den usikkerhed, som synes at omgive en faktuel bestanddel, der udgør kernen i tvisten i hovedsagen, nemlig fastlæggelsen af dagen for indgivelsen af de omhandlede varemærkeansøgninger [19].

46. Det fremgår nemlig af forelæggelsesafgørelsen, at de to ansøgninger om EF-ordmærkerne RIZO og RIZO, EL ERIZO blev indgivet ad elektronisk vej til Harmoniseringskontoret den 12. december 2003. Den forelæggende ret er imidlertid i tvivl om, hvorvidt denne dato for indgivelse ad elektronisk vej skal anses for at være den for EF-varemærket afgørende ansøgningsdato.

47. Det fremgår af forelæggelsesafgørelsen, at OEPM ved Génesis' sagsanlæg til prøvelse af den anfægtede afgørelse blev givet medhold ved en dom afsagt af Tribunal Superior de Justicia de Madrid, navnlig fordi ansøgningsdatoen for de EF-varemærker, der var anført til støtte for indsigelsen, var den 7. januar 2004, som var datoen for den faktiske indgivelse af dokumentationen, og ikke den 12. december 2003, som var datoen for indgivelsen af ansøgningen ad elektronisk vej.

48. Det skal i denne henseende anføres, at Harmoniseringskontoret stiller en tjeneste med elektronisk indlevering (»e-filing«) til rådighed for brugerne, som giver dem mulighed for at indgive deres EF-varemærkeansøgninger online. Denne tjeneste giver flere fordele, herunder garantien for ansøgningsdatoen i den i artikel 27 i forordning nr. 40/94 omhandlede forstand.

49. Henset til denne bestemmelses ordlyd kan det lægges til grund, at datoen for indgivelse af ansøgningen ad elektronisk vej med alle de krævede dokumenter i henhold til forordning nr. 40/94 og ledsaget af betalingen af gebyret inden for en måned, skal anses for at være ansøgningsdatoen i den i forordningens artikel 27 omhandlede forstand. Harmoniseringskontoret har nemlig givet de interesserede de nødvendige tekniske midler til at bilægge de krævede dokumenter [20].

50. I tilfælde af, at den blotte indgivelse ad elektronisk vej af en registreringsansøgning ikke ledsages af de krævede dokumenter, er ansøgningsdatoen i den i artikel 27 i forordning nr. 40/94 omhandlede forstand den dato, hvor alle de krævede dokumenter faktisk indgives til Harmoniseringskontoret. Der er dermed tale om en senere dato end indgivelsen af ansøgningen ad elektronisk vej.

18 — Jf. i denne retning dom af 25.10.2007, sag C-238/06 P, Develey mod KHIM, præmis 71-73, og af 17.12.2010, sag T-395/08, Chocoladefabriken Lindt & Sprüngli mod KHIM (Gengivelse af en kanin i chokolade).

19 — Forelæggelsesafgørelsen udtaler sig ikke definitivt om denne faktuelle bestanddel, og Génesis' bemærkninger er ikke utvetydige i denne henseende. Det er kun Kommissionen, som i de skriftlige bemærkninger har fremlagt bilag, der taler for det synspunkt, at ansøgningsdatoen er den 12.12.2003.

20 — Jf. http://oami.europa.eu/help/html/help_fr.html. Harmoniseringskontoret registrerer åbenbart ikke officielt timen og minuttet for indgivelsen af varemærket. Den forelæggende rets præciseringer i denne henseende bygger derfor ikke på oplysninger, der er registreret af Harmoniseringskontoret. Hverken *EF-Varemærketidende* (http://oami.europa.eu/bulletin/ctm/ctm_bulletin_en.htm) eller Harmoniseringskontorets database (CTM online) nævner timen eller minuttet for indgivelsen.

51. Med henblik på anvendelsen af begrebet »datoen for ansøgning« i den i artikel 27 i forordning nr. 40/94 omhandlede forstand påhviler det dermed den forelæggende ret at efterprøve, hvilken dato Génesis faktisk indgav alle de med henblik på registreringsansøgningerne krævede dokumenter og betalte gebyret.

52. Først efter at dette aspekt er blevet behandlet, giver det mening at behandle de mere nøjagtige tidsmæssige aspekter, som den forelæggende ret har anført.

D – *Om en hensyntagen til timen og minuttet i forbindelse med anvendelsen af begrebet »datoen for ansøgning« i den i forordning nr. 40/94 omhandlede forstand*

53. Den forelæggende ret har med spørgsmålet i det væsentlige spurgt, om det er muligt med henblik på anvendelsen af artikel 27 i forordning nr. 40/94 at tage hensyn til timen og minuttet for indgivelsen af registreringsansøgningen, eftersom disse bestanddele kan bidrage til fastlæggelsen af en eventuel prioritet i forhold til et nationalt varemærke, der er søgt registreret samme dag. I et sådant tilfælde med sammenfaldende ansøgningsdatoer definerer spansk ret nemlig varemærkernes prioritet ved hjælp af timen og minuttet for ansøgningen.

54. Dette spørgsmål vedrører dermed prioritetsprincippet, hvorefter en ældre ret gør det muligt at rejse indsigelse over for alle yngre tegn, som er i konflikt hermed [21]. Den af Génesis iværksatte indsigelsesprocedure i henhold til national ret tilsigter således at få fastslået, at Génesis' to EF-varemærker er »ældre varemærker« i henhold til den nationale lovgivning, som gentager definitionen af ældre i forordning nr. 40/94 [22].

55. Den undersøgelse af rækkevidden af begrebet »datoen for ansøgning«, der er foreslået af de parter, som har indleveret bemærkninger i forbindelse med disse retsforhandlinger, er meget forskellig. Jeg er enig med den spanske og den italienske regering samt Kommissionen i, at timen og minuttet for indgivelsen af EF-varemærkeansøgningen ikke udgør relevante oplysninger for anvendelsen af artikel 27 i forordning nr. 40/94. Det forekommer mig nemlig, at »datoen for ansøgning« udelukkende henviser til »kalenderdagen«. Dette sidstnævnte begreb svarer efter min opfattelse til en kalenderdag fra midnat til midnat med månedens nummer og året i overensstemmelse med den gregorianske kalender og til en tilsvarende dag i de andre kalendersystemer [23]. En kalenderdag kan dermed være den samme på trods af reelle tidsforskelle, som skyldes tidszoner [24].

56. Flere forhold taler efter min opfattelse for denne fortolkning.

57. For det første bemærker jeg, at ordningen i Pariserkonventionen, som alle medlemsstaterne er parter i, anvendte datoen forstået som en bestemt dag eller kalenderdag som grundlæggende beregningsenhed. Ansøgningens forskriftsmæssighed vurderes nemlig kun i henhold til dette element. Indgivelsen anses for at være foretaget fra det tidspunkt – i overensstemmelse med den nationale lovgivning i det land, hvor den er foretaget – hvor der er indgivet en ansøgning, som overholder formkravene, og selv hvis denne ansøgning var formelt ufuldstændig eller ukorrekt, er den tilstrækkelig til at fastslå ansøgningsdatoen [25].

21 — I henhold til artikel 6 i lov nr. 17/2001 om varemærker kan tegn ikke registreres, hvis de er identiske med et ældre varemærke, eller der er risiko for forveksling. Jf. artikel 4, stk. 1, og artikel 5, stk. 1, i direktiv 84/104.

22 — Jf. artikel 8, stk. 2, i forordning nr. 40/94.

23 — Jf. i denne retning, artikel 4, stk. 2, i Rådets forordning (EØF, Euratom) nr. 1182/71 af 3.6.1971 om fastsættelse af regler om tidsfrister, datoer og tidspunkter (EFT 1971 II, s. 311), hvoraf det fremgår, at når en bestemt dato er fastsat for ikrafttræden, indtræden af virkninger eller iværksættelse af Rådets eller Kommissionens retsakter eller af enkeltbestemmelser i disse akter, finder sådan ikrafttræden, indtræden af virkninger eller iværksættelse sted ved begyndelsen af den første time på den dag, der svarer til den nævnte dato. Jf. Rettens dom af 20.6.2001, sag T-146/00, Ruf og Stier mod KHIM (»DAKOTA«), Sml. II, s. 1797, præmis 23, 27 og 55.

24 — Således som f.eks. fejringen af nytår på tværs af kloden viser.

25 — I henhold til Pariserkonventionens artikel 4 A, stk. 3, forstås i konventionen ved forskriftmæssigt nationalt andragende ethvert andragende, som er fyldestgørende i henseende til at fastslå den dag, på hvilken anmeldelsen blev indgivet i det pågældende land. Jf. G.H.C. Bodenhausen, *Guide d'application de la Convention de Paris pour la protection de la propriété industrielle*, s. 42.

58. Det skal i denne henseende understreges, at indførelsen af denne grundlæggende beregningsenhed er snævert forbundet med det, der kan kaldes »unionsprioriteten« som vedtaget ved Pariserkonventionen, og hvorefter den, der indgiver et varemærke i et andet land, inden for en frist på seks måneder fra indgivelsen af varemærket i vedkommendes oprindelsesland kan drage fordel af den oprindelige beskyttelsesdato, han opnåede i oprindelseslandet [26]. I medfør af konventionens artikel 4 C, stk. 2, begynder fristen på seks måneder at løbe fra den dag, da det første andragende blev indgivet, idet indgivelsesdagen ikke medregnes i fristen. Timen og minuttet for ansøgningen er derfor ikke relevante med henblik på beregningen af prioritetsfristen [27].

59. Forordning nr. 40/94 indeholder egne regler, som følger konventionens ordning, idet den i artikel 29 anerkender en prioritetsret, der omfatter ansøgninger om registrering i en af konventionsstaterne eller i en af staterne, der har tiltrådt overenskomsten om oprettelse af Verdenshandelsorganisationen [28]. De rettigheder, der er knyttet til EF-varemærket, anses på grund af prioritetsretten for at være opstået på prioritetsdatoen, dvs. på dagen for indgivelsen af den nationale ansøgning [29].

60. Det er min opfattelse, at det ikke er muligt at præcisere den i artikel 27 i forordning nr. 40/94 omhandlede ansøgningsdato nærmere. Det forekommer mig desto mere umuligt, at dette begreb blev tiltænkt en nøjagtig funktion fra begyndelsen i forbindelse med anvendelsen af ovennævnte prioritetsprincip, ikke alene på unionsplan, men også med henblik på anvendelsen af internationale regler om virkningerne af varemærkeregistreringer. Der skal i denne henseende erindres om, at det ældre varemærke ligeledes kan beskyttes gennem en international registrering [30].

61. Det fremgår ganske vist af angivelserne på Harmoniseringskontorets hjemmeside, at ansøgningsdatoen er den dato, hvor de i artikel 26 omhandlede dokumenter indgives til Harmoniseringskontoret, centraleuropæisk tid (GMT +1) [31]. Det er imidlertid min opfattelse, at det tidspunkt, der er angivet der, tjener til at fastlægge ansøgningsdatoen ved Harmoniseringskontoret og ikke til at give en tidsmæssig prioritet, som beror på timen og minuttet for indgivelsen af ansøgningen.

62. Dette synspunkt bekræftes ligeledes af en ordlydsfortolkning af artikel 27 i forordning nr. 40/94, som begrænser sig til at henvise til »datoen«. Herudover fremgår det af regel 5 i forordning nr. 2868/95, at Harmoniseringskontoret alene påfører ansøgningsdokumenterne modtagelsesdatoen og ansøgningens journalnummer. Det udsteder straks en kvittering for modtagelsen til ansøgeren indeholdende mindst journalnummeret og modtagelsesdatoen.

63. For det andet støttes en fortolkning, som ikke tager hensyn til timen og minuttet for indgivelsen af ansøgningen, ligeledes af formålet med og arten af Unionens lovgivning. Som jeg allerede har anført i dette forslag til afgørelse, punkt 30-34 og punkt 39-43, var formålet med forordning nr. 40/94 ikke at tilnærme medlemsstaternes lovgivning, men at skabe en enkel industriel ejendomsret med gyldighed i

26 — Pariserkonventionens artikel 4 fastsætter en frist på seks måneder, hvorunder ansøgeren af et varemærke i et af unionslandene kan ansøge om samme varemærke i de andre unionslande, uden at den eller de senere ansøgninger påvirkes af eventuelle ansøgninger med samme genstand, der er indgivet af tredjemand. Prioritetsretten giver således ansøgeren om et varemærke en tidsmæssigt begrænset immunitet i forhold til ansøgningerne om det samme varemærke, som tredjemand kunne indgive inden for prioritetsfristen. Jf. Rettens dom af 15.11.2001, sag T-128/99, Signal Communications mod KHIM (TELEYE), Sml. II, s. 3273, præmis 36-40.

27 — Hvad angår beregningen af prioritetsfristen finder den samme beregning anvendelse på internationalt plan på patenter (Ansøgningsdagen for den ældre ansøgning medtages ikke i fristen. Jf. gennemførelsesforordningens regel 2.4: http://www.wipo.int/pct/fr/texts/rules/r2.htm#_2_4).

28 — Prioritetsretten opstår ved den ældre varemærkeansøgning i en af ovennævnte stater og udgør en selvstændig ret, for så vidt som den består uafhængigt af ansøgningens senere skæbne. Når EF-varemærkeansøgningen ledsages af et prioritetskrav, bliver denne rettighed et væsentligt element i denne ansøgning, eftersom den fastsætter et af dens væsentlige kendetegn, nemlig at ansøgningsdatoen er den dato, hvor den ældre ansøgning blev indgivet, med henblik på fastslæggelse af, at rettigheden er ældst.. Jf. dommen i sagen Signal Communications mod KHIM, der er nævnt ovenfor i fodnote 27.

29 — Hvis betingelserne er opfyldt, får EF-varemærket tilbagevirkende kraft fra datoen for indgivelsen af det varemærke, der er gjort krav på. G. Bonet, »La marque communautaire«.

30 — Jf. artikel 8, stk. 2, litra a), nr. iii), i forordning nr. 40/94 og artikel 8, stk. 2, litra a), nr. iv), i forordning (EF) nr. 207/2009, som henviser til varemærker, som er genstand for en international registrering med retsvirkning i Fællesskabet.

31 — http://oami.europa.eu/ows/rw/pages/QPLUS/forms/electronic/fileApplicationCTM.fr.do

hele Unionen. Herudover, og henset til den selvstændige karakter af de EU-retlige begreber, der findes i forordning nr. 40/94, kan der ikke tages hensyn til de retlige løsninger i national ret ved fortolkningen af EF-varemærkeordningen. Endelig bekræftes en sådan fremgangsmåde, således som Kommissionen med rette har anført, af en læsning af forordningens artikel 14 sammenholdt med artikel 97, eftersom det deraf fremgår, at anvendelsen af national ret skal begrænses til spørgsmål, der ikke henhører under anvendelsesområdet for forordning nr. 40/94.

64. For det tredje skal relevansen af artikel 32 i forordning nr. 40/94 understreges, idet det følger heraf, at en EF-varemærkeansøgning i medlemsstaterne skal ligestilles med en national varemærkeansøgning for at den ret, der er knyttet til EF-varemærkeansøgningen, skal kunne fastlægges, hvis der er behov herfor. Denne artikel henviser kun til ansøgningsdatoen.

65. Som den spanske regering har bemærket, ændrer artikel 32 i forordning nr. 40/94 ikke det fællesskabsretlige begreb datoen for ansøgning, og den forudsætter heller ikke en subsidiær anvendelse af national ret, men anerkender alene, at ansøgninger om registrering om EF-varemærker, der er indgivet til Harmoniseringskontoret, har samme retlige værdi som dem, der indgives til de nationale kontorer. Hvis Domstolen, på trods af ordlyden af artikel 27 i forordning nr. 40/94, måtte vælge at fortolke denne bestemmelse udvidende, ville dette føre til, at alle varemærkeansøgere får en forpligtelse til registrere varemærkerne ved Harmoniseringskontoret for at sikre deres prioritetsret, ikke alene i forhold til andre nationale varemærker, men også i forhold til andre EF-varemærker, hvilket ville være i strid med det princip, hvorefter EF-varemærket ikke erstatter de nationale varemærker.

66. Endelig er det væsentligt at anføre, at der er flere praktiske vanskeligheder forbundet med anvendelsen af den reelle tidsmæssige prioritet i stedet for anvendelsen af begrebet kalenderdag i forbindelse med EF-varemærkeordningen.

67. For det første forekommer tilstedeværelsen af forskellige tidszoner i Unionen mig på nuværende tidspunkt at gøre det umuligt at fastsætte EF-varemærkets prioritet i reel tid. Europas territorium udstrækker sig over fire tidszoner [32].

68. Henset til denne forskellighed indebærer en hensyntagen til timen og minuttet for en varemærkeansøgnings indgivelse, at der fastsættes en regel om tidsmæssig konflikt mellem flere nationale ordninger. Det kan ikke udelukkes, at den reelle tidsmæssige prioritet ligeledes fører til en vis forvirring, henset til flerheden af kommunikationsmidler og deres forskellige kvalitet inden for flere medlemsstater [33]. Med henblik på at bringe denne forvirring til ophør skal ikke kun timen og minuttet for ansøgningen registreres, men det skal ligeledes sikres, at de edb-systemer, som de nationale myndigheder råder over, følger atomtiden eller verdenstiden nøjagtigt [34].

69. Problemet med ansøgningsdatoen omdannes således unødvendigt til en drøftelse af nominelle enheder, eller snarere reelle. Den 1. januar kl. 0:30 i Finland svarer således f.eks. i reel tid til den 31. december kl. 21:30 i hovedparten af medlemsstaterne.

32 — Jf. Europa-Rådets anbefaling nr. 1432 (1999) om overholdelsen af de europæiske tidszoner (http://assembly.coe.int/Documents/AdoptedText/ta99/frec1432.htm#1). Om sammenligning af tidszonerne, jf. http://europa.eu/travel/time/index_fr.htm#tzone

33 — Det er i denne henseende tilstrækkeligt at nævne forelæggelsesafgørelsen, hvoraf det fremgår, at ansøgningerne blev indgivet henholdsvis kl. 11:52 og kl. 12:13, mens den anfægtede afgørelse fra OEPM præciserer, at ansøgningerne blev indgivet kl. 11:31.

34 — Civiltiden, som nu defineres af atomures tid, kaldes »koordineret verdenstid« (UTC). UTC-dagen er ca. 0,9 sekunder længere end gennemsnitsdagen.

70. Muligheden for en elektronisk registrering anvendes ganske vist i flere medlemsstater [35]. Det forekommer mig imidlertid, at der skal sondres mellem muligheden for indgivelse af en elektronisk ansøgning og indførelsen af et prioritetssystem i reel tid. Harmoniseringskontorets eller visse medlemsstaters indførelse af en mulighed for en elektronisk ansøgning med henblik på at modernisere og lette adgangen til beskyttelsen af industriel ejendomsret indebærer nemlig ikke nødvendigvis, at der tages hensyn til timen og minuttet for registreringsansøgningen for at fastslå, at mærket er ældst [36].

71. Det er derfor min opfattelse, at en hensyntagen til timen og minuttet med henblik på fastlæggelsen af, at et varemærke er ældre, jf. artikel 27 i forordning nr. 40/94, først er mulig efter, at der er indført en ordning med ensartede administrative procedurer for elektronisk registrering af både EF-varemærker og nationale varemærker i hele Unionen. Dette indebærer ligeledes en anvendelse af systemet med verdenstid, nemlig den fuldstændige harmonisering af de europæiske staters systemer for normaltid. Det siger sig selv, at indførelsen af et sådant system skal være klart fastsat i Unionens retsforskrifter og i medlemsstaternes nationale ret [37] og ikke kan følge af retspraksis.

72. Det skal i denne henseende videre bemærkes, at artikel 27 i forordning nr. 207/2009, der omhandler ansøgningsdatoen, har samme ordlyd som den tilsvarende artikel i forordning nr. 40/94, som er genstand for denne præjudicielle forelæggelse. Det følger heraf, at Unionens lovgiver endnu ikke har foretaget en præcisering af timen og minuttet for indgivelsen af ansøgningen.

73. Subsidiært ønsker jeg også at anføre, at forordning (EF) nr. 6/2002 [38] heller ikke nævner timen og minuttet for så vidt angår datoen for indgivelse af en ansøgning om registrering af et EF-design. Endvidere får ansøgeren om et registreret EF-design i medfør af denne forordning under visse betingelser en prioritetsret. Dette betyder, at prioritetsdatoen anses for at svare til datoen for indgivelse af ansøgningen om registrering af et EF-design [39].

74. Det følger af de ovenstående betragtninger, hvis det anerkendes, dels at de omhandlede varemærkeansøgninger blev indgivet den samme dag, dels at en hensyntagen til timen og minuttet skal udelukkes, at de to omhandlede varemærker i princippet kan registreres. Dermed stilles spørgsmålet, om det nationale varemærke kan sameksistere med EF-varemærket.

35 — I henhold til mine ikke-udtømmende undersøgelser har følgende lande en sådan mulighed: Kongeriget Belgien, Den Tjekkiske Republik, Kongeriget Danmark, Kongeriget Spanien, Den Franske Republik, Storhertugdømmet Luxembourg, Kongeriget Nederlandene, Den Portugisiske Republik, Republikken Finland, Kongeriget Sverige og Det Forenede Kongerige Storbritannien og Nordirland. Jf. http://www.wipo.int/directory/en/urls.jsp

36 — I betragtning af de nationale varemærkemyndigheders kassers begrænsede åbningstid kunne man eksempelvis forestille sig, at en elektronisk forsendelse, der gennemføres kl. 23, fører til registrering den efterfølgende dag, eller samme dag, og ikke en registrering i reel tid med henblik på fastlæggelsen af prioriteten i forhold til et andet EF-varemærke eller nationalt varemærke. Som jeg har understreget ovenfor i fodnote 20, registrerer Harmoniseringskontoret åbenbart ikke officielt timen og minuttet for varemærkeansøgningen.

37 — Bestræbelserne inden for gennemførelse af tidsmæssig ensartethed følger navnlig af Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2000/84/EF af 19.1.2001 om sommertid (EFT L 31, s. 21), som bestemmer, at uret skal stilles 60 minutter frem i forhold til tiden resten af året i alle medlemsstater kl. 1:00 om morgenen, verdenstid, den sidste søndag i marts. Det skal ligeledes nævnes, at i forbindelse med Madrid-arrangementet og Madrid-protokollen er der præcise regler om tidspunktet for ansøgningen (regel 4 i de fælles gennemførelsesforskrifter for Madrid-arrangementet om den internationale registrering af varemærker og protokollen til dette arrangement, med overskriften »beregning af frister«, som er til rådighed på følgende adresse: http://www.wipo.int/madrid/fr/legal_texts/common_regulations.htm#rule_4). Fra ansøgningstidspunktet er fastlæggelsen af den nøjagtige time ikke en del af de officielle angivelser, der findes i ansøgningen. Derimod bestemmes det i instruks 11 om elektronisk kommunikation (Administrative instruktioner for anvendelsen af Madrid-arrangementet om international registrering af varemærker og protokollen til dette arrangement, der er til rådighed på følgende adresse: http://www.wipo.int/madrid/fr/legal_texts/admin_instructions.htm#P81_4630), at når den dato, hvor transmissionen blev påbegyndt, er en anden end den dato, hvor transmissionen blev modtaget, på grund af tidsforskydningen, anses den tidligere dato som datoen for det internationale kontors modtagelse. Jf. M. Sabatier, Pratique de la marque internationale, s. 26.

38 — Rådets forordning af 12.12.2001 om EF-design (EFT 2002 L 3, s. 1).

39 — I medfør af regel 2 [punkt 2.4, litra a)] i forordningen om gennemførelse af patentsamarbejdstraktaten (PCT) (som er til rådighed på hjemmesiden: http://www.wipo.int/pct/fr/texts/rules/r2.htm#_2_4) medtages den første ansøgnings ansøgningdag ikke ved beregningen af prioritetsfristen. I øvrigt er der særlige regler i tilfælde af fristoverskridelse på fridage eller feriedage (jf. regel 80, punkt 80.5, som er til rådighed på hjemmesiden: http://www.wipo.int/pct/fr/texts/rules/r80.htm#_80_5).

E – *Varemærkernes sameksistens på markedet*

75. Sameksistensen mellem to konkurrerende identiske varemærker udgør et kendt og nogle gange uundgåeligt fænomen i Unionen. Der er unægtelig tale om en ufuldendt situation, som skyldes varemærkebeskyttelsesordningernes multinationale og forskelligartede karakter og den forskelligartede karakter af de virksomheder, som ejer varemærker.

76. Det skal bemærkes, at sameksistensen kan have betydning for afslutningen af en indsigelsesprocedure eller en begæring om et varemærkes ugyldighed. Denne afslutning afhænger af, om der er tale om sameksistens mellem varemærker, der er i konflikt med hinanden, eller mellem det ældre varemærke og varemærker, der ikke tilhører EF-varemærkeindehaveren, men tredjemand. Sameksistensen kan således pålægges indehaveren af den ældre varemærkerettighed eller aftales mellem parterne [40].

77. Det er ubestridt, at to indehavere med henblik at afhjælpe dette fænomen kan indgå en sameksistensaftale for at forebygge alle eventuelle konflikter [41]. I øvrigt tilbyder de nationale lovgivninger særlige løsninger, såsom princippet om »loyal samtidig brug« (»honest concurrent use«), men lovligheden heraf forekommer tvivlsom ud fra EU-rettens synspunkt [42].

78. Som Kommissionen har understreget i sine bemærkninger, blev sameksistens anerkendt ved indførelsen af EF-varemærket, eftersom Harmoniseringskontoret den 1. april 1996, som var EF-varemærkeregisterets åbningsdag, registrerede alle de varemærker, der var ansøgt om forud herfor [43].

79. Under alle omstændigheder har muligheden for registrering af identiske varemærker for varer eller tjenesteydelser af samme art, der har samme prioritetsdato, altid eksisteret i de ordninger, der bygger på Pariserkonventionen. Sameksistensen er dermed, selv om den er lidet ønskværdig, en integreret del af varemærkebegrebet.

V – Forslag til afgørelse

På baggrund af ovenstående betragtninger foreslår jeg Domstolen at besvare det af Tribunal Supremo stillede præjudicielle spørgsmål således:

»Artikel 27 i Rådets forordning (EF) nr. 40/94 af 20. december 1993 om EF-varemærker udelukker i henhold til gældende EU-ret, at der ud over dagen for indgivelsen af EF-varemærkeansøgningen ligeledes tages hensyn til timen og minuttet for indgivelsen af ansøgningen.«

40 — Folliard-Monguiral, »Conditions et effets de la coexistence de marques en droit communautaire«, *Propriété industrielle* nr. 9, september 2006, undersøgelse 24.

41 — M.J. Elsmore, »Trade Mark Coexistence Agreements: What is all the (lack of) fuss about?«, SCRIPT-ed, 5. udgave, nr. 1, april 2008. En sådan aftale er ikke altid relevant for vurderingen af risikoen for forveksling, jf. Rettens dom af 6.11.2007, sag T-90/05, Omega mod KHIM – Omega Engineering (Ω OMEGA), præmis 49.

42 — Jf. generaladvokat Trstenjaks forslag til afgørelse i sag C-482/09, Budějovický Budvar, hvori hun opfordrer Domstolen til at udtale, at artikel 4, stk. 1, litra a), i direktiv 89/104 er til hinder for to forskellige indehaveres samtidige anvendelse i god tro og over længere tid af to identiske varemærker for varer af samme art.

43 — Jf. Rettens dom af 19.10.2006, forenede sager T-350/04 til T-352/04, Bitburger Brauerei mod KHIM - Anheuser-Busch (BUD), Sml. II, s. 4255.