Samling af Afgørelser

RETTENS DOM (Anden Afdeling)

18. september 2012 *

»Plantesorter — afgørelse om tilpasning ex officio af den officielle beskrivelse af sorten LEMON SYMPHONY — begæring om ophævelse af EF-sortsbeskyttelsen af sorten LEMON SYMPHONY — begæring om ugyldigkendelse af EF-sortsbeskyttelsen af sorten LEMON SYMPHONY — ansøgning om EF-sortsbeskyttelse af sorten SUMOST 01 — indkaldelse til mundtlig forhandling for appelkammeret ved Sortsmyndigheden — indkaldelsesfrist på mindst en måned«

I de forenede sager T-133/08, T-134/08, T-177/08 og T-242/09,

Ralf Schräder, Lüdinghausen (Tyskland), ved advokaterne T. Leidereiter og W.-A. Schmidt samt, i sagerne T-133/08 og T-134/08, T. Henssler,

sagsøger,

mod

EF-Sortsmyndigheden, først ved B. Kiewiet og M. Ekvad, derefter ved M. Ekvad, som befuldmægtigede, bistået af advokaterne A. von Mühlendahl, og i sag T-242/09, af advokaterne von Mühlendahl og H. Hartwig,

sagsøgt,

den anden part i sagen for appelkammeret og intervenient ved Retten,

Jørn Hansson, Søndersø (Danmark), ved advokaterne G. Würtenberger og R. Kunze,

angående en påstand, sag T-133/08, om annullation af afgørelse truffet den 4. december 2007 af appelkammeret ved EF-Sortsmyndigheden (sag A 007/2007) vedrørende en anfægtelse af afgørelse om tilpasning ex officio af den officielle beskrivelse af sorten LEMON SYMPHONY i registeret over EF-sortsbeskyttelse, en påstand, sag T-134/08, om annullation af afgørelse truffet den 4. december 2007 af appelkammeret ved EF-Sortsmyndigheden (sag A 006/2007) vedrørende en begæring om ophævelse af EF-sortsbeskyttelsen af sorten LEMON SYMPHONY, en påstand, sag T-177/08, om annullation af afgørelse truffet den 4. december 2007 af appelkammeret ved EF-Sortsmyndigheden (sag A 005/2007) vedrørende en ansøgning om EF-sortsbeskyttelse af sorten SUMOST 01, og en påstand, sag T-242/09, om annullation af afgørelse truffet den 23. januar 2009 af appelkammeret ved EF-Sortsmyndigheden (sag A 010/2007) vedrørende en begæring om ugyldigkendelse af EF-sortsbeskyttelsen af sorten LEMON SYMPHONY,

har

* Processprog: tysk.

RETTEN (Anden Afdeling)

sammensat af afdelingsformanden, N.J. Forwood (refererende dommer), og dommerne F. Dehousse og J. Schwarcz,

justitssekretær: fuldmægtig C. Heeren,

på grundlag af den skriftlige forhandling og efter retsmødet den 28. februar 2012,

afsagt følgende

Dom

Retsforskrifter

1 Artikel 5, stk. 1 og 2, i Rådets forordning (EF) nr. 2100/94 af 27. juli 1994 om EF-sortsbeskyttelse (EFT L 227, s. 1, herefter »forordningen«) har følgende ordlyd:

»1. EF-sortsbeskyttelse kan omfatte sorter af alle planteslægter og -arter, herunder bl.a. hybrider mellem slægter eller parter.

2. I denne forordning forstås ved »sort« en bestand af planter inden for en enkelt botanisk taksionomisk gruppe af lavest kendte rang, der, uanset om alle betingelser for meddelelse af sortsbeskyttelse er opfyldt, kan

— defineres på grundlag af forekomsten af kendetegn, der skyldes en given genotype eller kombination af genotyper

— skelnes fra enhver anden bestand af planter på grundlag af forekomsten af mindst et af de nævnte kendetegn og

— betragtes som en enhed hvad angår dens egnethed til at blive formeret uforandret.«

2 I henhold til forordningens artikel 6 meddeles der EF-sortsbeskyttelse for sorter, der er selvstændige, ensartede, stabile og nye. Kriterierne for selvstændighed, ensartethed og stabilitet udtrykkes almindeligvis ved det engelske akronym DUS (distinctiveness, uniformity, stability).

3 Følgende bestemmes i forordningens artikel 7, stk. 1:

»En sort anses for at være selvstændig, når den på grundlag af forekomsten af kendetegn, der skyldes en given genotype eller kombination af genotyper, tydeligt adskiller sig fra enhver anden sort, hvis eksistens er almindeligt kendt på ansøgningsdatoen som fastlagt i medfør af artikel 51.«

4 Kriterierne for ensartethed, stabilitet og nyhed er defineret henholdsvis i forordningens artikel 8, 9 og 10.

Sagens baggrund

De administrative procedurer ved Sortsmyndigheden

5 Den 5. september 1996 indgav intervenienten, Jørn Hansson, en ansøgning om EF-sortsbeskyttelse i henhold til forordningen til EF-Sortsmyndigheden (OCVV) (herefter »Sortsmyndigheden«). Ansøgningen blev registeret under nr. 1996/0984. Den plantesort, der ønskedes beskyttet, er plantesorten LEMON SYMPHONY, som tilhører arten *Osteospermum ecklonis*.

6 For denne sort var der allerede i 1994 af forædleren Masayuki Sekiguchi blevet ansøgt om beskyttelse i Japan. På »listen over kendetegn for sorten« af 18. april 1994, fastlagt ved denne lejlighed, blev der i rubrikken »plantens form i dens helhed« indsat karakteren 5, hvilket svarer til »middel«.

7 Sortsmyndigheden pålagde i henhold til forordningens artikel 55, stk. 1, Bundessortenamt (den tyske sortsmyndighed) at foretage den tekniske afprøvning af LEMON SYMPHONY.

8 Ved skrivelse af 6. november 1996 anmodede Bundessortenamt Sortsmyndigheden om at levere plantemateriale fra LEMON SYMPHONY med henblik på at foretage den tekniske afprøvning. Denne skrivelse specificerede, at det skulle være »20 unge planter af handelskvalitet, ubeskårne og ikke behandlet med vækstregulatorer«.

9 Intervenienten sendte det ønskede materiale til Bundessortenamt den 10. januar 1997.

10 Ved skrivelse af 13. januar 1997, undertegnet af Menne, fuldmægtig ved Bundessortenamt, der var blevet pålagt at foretage den tekniske afprøvning af LEMON SYMPHONY, oplyste Bundessortenamt Sortsmyndigheden følgende:

»I overensstemmelse med punkt II, andet afsnit, i Sortsmyndighedens tekniske protokol vedrørende prøvelsen af den selvstændige karakter, ensartetheden og stabiliteten skal vi hermed oplyse, at formeringsmaterialet fra den i overskriften nævnte sort, der er sendt til os, består af planter med knopper beregnet til salg, som er blevet behandlet med vækstregulatorer og beskåret. Afviklingen af den tekniske afprøvning synes derfor problematisk.«

11 Den tekniske afprøvning blev ikke desto mindre foretaget senere i løbet af 1997, uden at Bundessortenamt endnu i dag har været i stand til at bekræfte, om prøvelsen blev foretaget direkte af det plantemateriale, der var blevet sendt af intervenienten, eller af stiklinger fra det nævnte materiale, således som en håndskreven note af 30. januar 1997 synes at bekræfte, og som indgår i sagen med følgende ordlyd: »Bundessortenamt har taget stiklinger, afvente, TK 30/01/97«. Under den tekniske afprøvning, der blev foretaget på grundlag af Bundessortenamts »skema over kendetegn VI« af 8. august 1997, der var gældende på dette tidspunkt, som vejledende princip for prøvelsen, blev LEMON SYMPHONY sammenlignet med et antal andre sorter af *Osteospermum*. Efter den tekniske afprøvning konkluderede Bundessortenamt, at LEMON SYMPHONY opfyldte DUS-kriterierne for at kunne blive EF-sortsbeskyttet.

12 Den 16. oktober 1997 udarbejdede Bundessortenamt på grundlag af samme »skema over kendetegn VI« en afprøvningsrapport med en vedhæftet officiel beskrivelse af LEMON SYMPHONY. Det fremgår af denne, at kendetegnet »stilkenes vækstform« blev udtrykt som værende »oprejst« (bemærkning 1).

13 Ved afgørelse truffet den 6. april 1999 af Sortsmyndigheden blev der meddelt EF-sortsbeskyttelse af LEMON SYMPHONY, og den officielle beskrivelse af denne sort fastlagt i 1997 af Bundessortenamt blev gengivet i registeret over EF-sortsbeskyttelse.

14 Sagsøgeren, Ralf Schräder, indgav den 26. november 2001 ansøgning om EF-sortsbeskyttelse til Sortsmyndigheden i henhold til forordningen. Ansøgningen blev registeret under nr. 2001/1758. Den plantesort, der således ønskedes beskyttet, var plantesorten SUMOST 01 af arten *Osteospermum ecklonis*. Denne sort produceres og markedsføres af Jungpflanzen Grünewald GmbH (herefter »Grünewald«), der er et selskab, som sagsøgeren ejer 5% af som aktionær.

15 Da intervenienten fandt, at produktion og salg af SUMOST 01 gjorde indgreb i hans rettigheder vedrørende LEMON SYMPHONY, anlagde han krænkelsessag mod Grünewald ved de tyske civile retter med påstand om ophør af sidstnævntes markedsføring af SUMOST 01 og erstatning med tillæg af renter. Efter at Landgericht Düsselsorf (regional ret i Düsseldorf, Tyskland) havde iværksat en

sagkyndig undersøgelse ved Bundessortenamt, der efter et »forsøg med sammenlignende dyrkning« konkluderede, at SUMOST 01 ikke adskilte sig tydeligt fra LEMON SYMPHONY, gav denne ret medhold i påstandene ved dom af 12. juli 2005, som appelretten, Oberlandesgericht Düsseldorf (regional appelret i Düsseldorf, Tyskland), stadfæstede ved dom af 21. december 2006. I forbindelse med den sagkyndige undersøgelse gjorde Grünewald gældende, at det plantemateriale fra LEMON SYMPHONY, der var blevet anvendt med henblik på sammenligningen, ikke svarede til det plantemateriale, der var blevet afprøvet i 1997 med henblik på meddelelse af EF-sortsbeskyttelsen af den pågældende sort. Grünewald påberåbte sig rettens inkompetence og iværksatte revisionsanke ved Bundesgerichtshof (forbundsdomstolen i Tyskland), der forkastede anken ved dom af 23. april 2009. Denne dom kunne dog genoptages, såfremt EF-sortsbeskyttelsen af LEMON SYMPHONY skulle blive erklæret ugyldig.

16 Under krænkelsessagen ved de tyske civile retter forsvarede intervenienten det standpunkt, at LEMON SYMPHONY aldrig havde været en oprejst sort. Han fremlagde i den forbindelse en sagkyndig rapport af 21. november 2003 udarbejdet af Dr. Ludolph fra Lehr- und Versuchsanstalt für Gartenbau (undervisningsinstitution for gartneriforsøg) i Hannover (Tyskland). I denne rapport havde den sagkyndige oplyst følgende:

»Bundessortenamts afprøvning i 1997 definerer LEMON SYMPHONY som en oprejst sort. Ifølge de erfaringer og observationer, der er opnået i forbindelse med forsøg, vurderinger og undersøgelser af den dyrkning, der er foretaget i de seneste år, er LEMON SYMPHONY ikke en sort, der vokser fuldstændigt oprejst. Selv om den i begyndelsen af dyrkningen og indtil ca. to måneder efter udplantning i potter ganske vist vokser forholdsmæssigt oprejst, har de mange stilke, der er temmelig fleksible, en tendens til efterfølgende i midten af perioden for udendørs vækst (juni eller juli afhængigt af, hvornår dyrkningen påbegyndes) at hælde til siden og kan derefter alene beskrives som halvoprejst. LEMON SYMPHONY er siden dens indføring karakteriseret ved denne vækstform. Det som bilag vedlagte foto […], der er et uddrag fra et specialtidsskrift fra året for indføringen af denne sort på markedet, viser en halvoprejst fremtoning. Sorten NAIROBI, der med sin oprejste vækst vises til sammenligning i skemaet over kendetegn i de vejledende afprøvningsprincipper TG/176/3, vokser oprejst under hele vækstperioden. NAIROBI's vækstform er tydeligt forskellig fra LEMON SYMPHONY's. I almindelighed kvalificerer Bundessortenamt i visse senere sortsbeskrivelser, f.eks. af sorten SEIMORA, andre SYMPHONY-sorter, der har de samme vækstkendetegn som LEMON SYMPHONY, som halvoprejst.«

17 Parallelt med krænkelsessagen ved de tyske civile retter pålagde Sortsmyndigheden i overensstemmelse med forordningens artikel 55, stk. 1, Bundessortenamt at foretage en teknisk afprøvning af SUMOST 01. I forbindelse med denne tekniske afprøvning, der blev foretaget efter 2001, blev LEMON SYMPHONY blandt andre sorter anvendt som sammenligningssort. Den tekniske afprøvning blev foretaget ifølge de nye vejledende principper for udførelse af afprøvninger vedrørende selvstændighed, ensartethed og stabilitet TG/176/3, der blev udarbejdet den 5. april 2000 af Den Internationale Union for Beskyttelse af Plantenyheder (UPOV).

18 I en første afprøvningsrapport vedrørende SUMOST 01, der blev sendt til sagsøgeren den 1. august 2003, oplyste Bundessortenamt, at der var behov for at foretage endnu et års afprøvninger i det omfang, den pågældende sort var blevet vurderet til ikke at være en selvstændig sort i forhold til LEMON SYMPHONY, som den var blevet sammenlignet med.

19 Den 27. oktober 2003 fremsatte intervenienten i henhold til forordningens artikel 59 en skriftlig indsigelse mod meddelelsen af EF-sortsbeskyttelse af SUMOST 01.

20 Den 7. oktober 2004 afgav Bundessortenamt en anden afprøvningsrapport vedrørende SUMOST 01, hvori det blev konkluderet, at den nævnte sort ikke adskilte sig tydeligt fra andre almindeligt kendte sorter, herunder LEMON SYMPHONY.

21 Den 26. oktober 2004 indgav sagsøgeren i henhold til forordningens artikel 21, sammenholdt med dennes artikel 9 med overskriften »Stabilitet«, en begæring om ophævelse af EF-sortsbeskyttelsen af sorten LEMON SYMPHONY, henset til, at denne sort i hvert fald siden 2002 ikke længere svarede til dens officielle beskrivelse, der blev indført i registeret over EF-sortsbeskyttelse i 1997. Til støtte for begæringen gjorde sagsøgeren i det væsentlige gældende, at sortens forskellige kendetegn i forbindelse med afprøvningen af LEMON SYMPHONY i 2001 på grundlag af de vejledende afprøvningsprincipper TG/176/3, der var gældende fra 2001, havde opnået forskellige karakterer i sammenligning med den officielle beskrivelse af samme sort i 1997. Dette var ifølge sagsøgeren afslørende i forhold til den pågældende sorts manglende stabilitet.

22 Den 7. december 2004 traf Sortsmyndigheden afgørelse om at foretage en teknisk efterkontrol i henhold til forordningens artikel 64 med henblik på at undersøge, om LEMON SYMPHONY fortsat bestod uændret. Denne afgørelse blev meddelt sagsøgeren og intervenienten den 15. december 2004. De vejledende principper, der fandt anvendelse ved den tekniske afprøvning, var dem fra protokollen til brug for afprøvning af selvstændighed, ensartethed og stabilitet CPVO-TP/176/1, der blev udarbejdet den 31. oktober 2002 af Sortsmyndigheden, og som var baseret på de vejledende afprøvningsprincipper TG/176/3.

23 Det fremgår af en skrivelse af 5. januar 2005 fra Bundessortenamt til Sortsmyndigheden, at flere faktorer i almindelighed kunne ligge til grund for de konstaterede variationer i beskrivelsen af forekomsten af kendetegn, herunder variationer knyttet til miljømæssige forhold, en ændring i karakterskalaen i tilfælde af en væsentlig ændring i antallet af de sammenligningssorter, der skal tages i betragtning, samt ændringer i karaktererne på grund af anvendelsen af nye vejledende afprøvningsprincipper. Disse forklaringer svarer til dem, der blev afgivet af Menne, der er undersøger ved Bundessortenamt og udpeget som juridisk sagkyndig af Landgericht Düsseldorf den 17. november 2004.

24 Den 23. februar 2005 gjorde intervenienten indsigelse mod sletning af hans sort LEMON SYMPHONY.

25 Den 14. september 2005 udarbejdede Bundessortenamt en afprøvningsrapport, der konkluderede, at LEMON SYMPHONY kunne forblive i registeret. Til rapporten var knyttet som bilag en ny sortsbeskrivelse af samme dato, hvoraf det bl.a. fremgik, at kendetegnet »stilkenes vækstform« var udtrykt som værende »mellem halvoprejst og horisontal« (karakter 4).

26 Den 26. september 2005 udarbejdede Bundessortenamt en tredje afprøvningsrapport vedrørende SUMOST 01, hvoraf det endvidere fremgik, at den nævnte sort ikke tydeligt adskilte sig fra LEMON SYMPHONY.

27 Henset til de ændringer, der mellem 1997 og 2005 var foretaget i de gældende vejledende afprøvningsprincipper for *Osteospermum*, forespurgte Sortsmyndigheden den 22. marts 2006 Bundessortenamt, om det var muligt for sorten LEMON SYMPHONY, der var blevet afprøvet i 2005, at udarbejde en teknisk beskrivelse, der beskrev forekomsten af kendetegn efter de vejledende principper, der var gældende i 1997. Ved skrivelse af 12. april 2006 oplyste Bundessortenamt Sortsmyndigheden om, at det ikke var muligt at give en beskrivelse på grundlag af det »skema over kendetegn VI«, som Bundessortenamt benyttede i 1997, og henviste til et dokument benævnt »Bemærkninger til begæringen om ophævelse af EF-sortsbeskyttelsen af sorten LEMON SYMPHONY, EU1996/0984«, der var vedlagt som bilag til dennes skrivelse af 5. januar 2005, nævnt ovenfor i præmis 23.

28 Ved e-mail af 18. maj 2006 meddelte Bundessortenamt Sortsmyndigheden følgende:

»Hermed sendes fotografier af LEMON SYMPHONY taget i 1997, 2003 og 2004. Det fremgår af disse, at stilkenes vækstform ikke har ændret sig.

Fotografiet fra 1997 er skannet fra et lysbillede, hvorfor dets farver og kvalitet er lidt forskellige fra de digitale fotografiers fra 2003 og 2004. Leidereiter har kendskab til disse fotografier, idet jeg gjorde brug af dem under retssagen mod SUMOST 01 (2001/1758).

Det er ikke sorten, der har ændret sig, men vores skala for måling af stilkenes vækstform. Dette forklares i dokumentet Haltung_Triebe. I 1997 kendte vi kun ca. 40 sorter af *Osteospermum*, og vi vurderede stilkenes vækstform i forhold til disse sorter. Efterfølgende er antallet af sorter blevet betydeligt større, og vi har måttet anvende en anden skala for dette kendetegn (det er det, der skal forstås ved »Jahr 2«).«

29 Ved skrivelse af 12. juni 2006 skrev Sortsmyndigheden på ny til Bundessortenamt som følger: »Med henblik på at gøre det muligt for [Sortsmyndigheden] at fastslå denne forbindelse, beder vi Dem oplyse for hvert kendetegn [omhandlet i] protokollen fra 1997 vedrørende *Osteospermum*, hvilket niveau forekomsterne for sorten LEMON SYMPHONY har i afprøvningen fra 2005, eller hvad forholdet er til de observationer, der blev foretaget efter den protokol, der blev vedtaget i 2001.«

30 Den 2. august 2006 besvarede Bundessortenamt Sortsmyndighedens anmodning af 12. juni 2006 som følger:

»Det fremgår af den tekniske afprøvning fra 2005, at sorten er stabil. Dette betyder, under hensyntagen til de særlige miljømæssige forhold, de ændrede vejledende principper og den ændrede sammensætning, at det frembragte plantemateriale er i overensstemmelse med beskrivelsen af sorten i 1997.

Afgørelsen vedrørende stabiliteten i forekomsten af kendetegn henhører under den sagkyndiges kompetence. En forklaring vedrørende de synlige forskelle mellem beskrivelserne af sorterne i 1997 og 2005 fremgår af bilaget.«

31 Det fremgår af Bundessortenamts besvarelse af 2. august 2006 og sammenligningen af resultaterne af de tekniske afprøvninger af LEMON SYMPHONY foretaget henholdsvis i 1997 og 2005 udarbejdet af det nævnte kontor og meddelt sagsøgeren den 25. august 2006, at forskellen ifølge dette kontor i karakteren for kendetegnet »stilkenes vækstform« kan forklares ved den omstændighed, at der ikke figurerede nogen sammenligningssort i det »skema over kendetegn VI«, som blev anvendt af kontoret i 1997, og at LEMON SYMPHONY det år var den mest oprejste sort. Endvidere er der efter 1997 blevet væsentligt flere sorter af arten *Osteospermum ecklonis*, og de vejledende afprøvningsprincipper er blevet delvist ændret, hvilket har nødvendiggjort en tilpasning af niveauerne for forekomsterne.

32 Ved skrivelse af 25. august 2006 foreslog Sortsmyndigheden intervenienten, at der blev foretaget en tilpasning af den officielle beskrivelse af LEMON SYMPHONY, indført i registeret for EF-sortsbeskyttelse i 1997, til den nye sortsbeskrivelse af 14. september 2005. Sortsmyndigheden fandt, at denne tilpasning var nødvendig, henset til dels de fremskridt, der var sket på området for udvælgelse siden afprøvningen af den nævnte sort i 1997, dels ændringen i de vejledende afprøvningsprincipper i 2001.

33 Ved skrivelse af 22. september 2006 accepterede intervenienten dette forslag.

34 Ved afgørelse af 19. februar 2007 (herefter »afgørelsen om afslag«) gav Sortsmyndigheden medhold i de indsigelser, der var rejst af intervenienten mod meddelelsen af EF-sortsbeskyttelse af SUMOST 01, og gav afslag på ansøgningen om meddelelse af EF-sortsbeskyttelse af den nævnte sort med den væsentligste begrundelse, at denne ikke adskilte sig tydeligt fra LEMON SYMPHONY, og at betingelserne i forordningens artikel 7 derfor ikke var opfyldt. Sortsmyndigheden bemærkede bl.a., at det fremgik af den tekniske afprøvning, at SUMOST 01 alene var forskellig fra LEMON SYMPHONY

ved ét kendetegn, nemlig perioden i begyndelsen af blomstringen, og det alene med en karakter, og at denne forskel ikke var tilstrækkelig til tydeligt at adskille sig blandt sorterne i arten *Osteospermum*. Endvidere fandt Sortsmyndigheden, at LEMON SYMPHONY var stabil.

35 Den 11. april 2007 indgav sagsøgeren i henhold til forordningens artikel 20 en begæring om ugyldigkendelse af den EF-sortsbeskyttelse, der var meddelt LEMON SYMPHONY, med den begrundelse, at denne sort aldrig havde eksisteret i den form, der var gengivet i den officielle beskrivelse, som blev indført i registeret over EF-sortsbeskyttelse i 1997.

36 Ved skrivelse af 18. april 2007 meddelte Sortsmyndigheden intervenienten sin afgørelse om i overensstemmelse med forordningens artikel 87, stk. 4, ex officio at tilpasse den officielle beskrivelse af LEMON SYMPHONY (herefter »afgørelsen om tilpasning af beskrivelsen«). Til denne skrivelse var vedhæftet beskrivelsen som tilpasset efter resultatet af den tekniske afprøvning i 2005.

37 Ved skrivelse af 10. maj 2007 (herefter »afgørelsen om ophævelsesbegæringen«) oplyste Sortsmyndigheden sagsøgeren om, at den kompetente komité havde undersøgt, om betingelserne for anvendelse af forordningens artikel 21 var opfyldt, og var kommet til den konklusion, at dette ikke var tilfældet, hvorfor der ifølge denne ikke var blevet truffet afgørelse om ophævelse i henhold til den nævnte artikel 21. Ifølge denne komité udgjorde forordningens relevante bestemmelser nemlig ikke et retligt grundlag for vedtagelse af en udtrykkelig afgørelse, efter begæring eller ex officio, om ophævelse af EF-sortsbeskyttelsen.

38 Ved skrivelse af 10. maj 2007 opfordrede Sortsmyndigheden endvidere intervenienten til at fremføre sine bemærkninger til den begæring, der var indgivet af sagsøgeren, om ugyldigkendelse af EF-sortsbeskyttelsen af LEMON SYMPHONY. Intervenienten anfægtede denne begæring ved skrivelse af 1. juni 2007.

39 Den 21. maj 2007 oplyste Sortsmyndigheden sagsøgeren om afgørelsen om tilpasning af beskrivelsen og udskiftningen af den officielle beskrivelse af LEMON SYMPHONY, der blev indført i registeret over EF-sortsbeskyttelse i 1997, med den fra 2005.

40 Ved skrivelse af 26. september 2007 afslog Sortsmyndigheden begæringen om ugyldigkendelse af LEMON SYMPHONY's EF-sortsbeskyttelse, som var indgivet af sagsøgeren i henhold til forordningens artikel 20 (herefter »afgørelsen om ugyldighedsbegæringen«). Ifølge Sortsmyndigheden indvirkede en behandling med vækstregulatorer ikke nødvendigvis på resultaterne af den tekniske afprøvning, idet plantematerialet var blevet dyrket over en periode, således at virkningen af behandlingen kunne forsvinde. Endvidere havde Bundessortenamt ifølge Sortsmyndigheden bekræftet, at afprøvningen var foregået korrekt.

Behandlingen af sagerne A 005/2007, A 006/2007 og A 007/2007 for appelkammeret ved Sortsmyndigheden

41 Den 10. maj 2007 påklagede sagsøgeren afgørelsen om afslag til appelkammeret, hvilken klage blev registreret under nr. A 005/2007.

42 Til støtte for klagen gjorde sagsøgeren nærmere bestemt gældende, at henset til det store antal forskelle mellem den officielle beskrivelse af LEMON SYMPHONY fra 1997 på den ene side og resultaterne af forsøgene med udendørs dyrkning af den ansøgte sort SUMOST 01 i 2001 og 2002 på den anden side, burde sidstnævnte kunne EF-sortsbeskyttes. Endvidere begærede sagsøgeren, at LEMON SYMPHONY blev erklæret ugyldig. Han hævdede, at det plantemateriale, der var blevet anvendt fra denne sort til afprøvningen var blevet behandlet med en vækstregulator i strid med bestemmelserne i de vejledende afprøvningsprincipper. Især burde en sortsbeskrivelse efter sagsøgerens opfattelse alene tilpasses i forhold til de »relative« kendetegn og ikke i forhold til de

»absolutte« kendetegn, såsom plantens vækstform. Endelig skyldtes ifølge sagsøgeren den omstændighed, at den ansøgte sort var blevet vurderet som ikke-selvstændig, at det plantemateriale fra denne sort, der var indgivet med henblik på en sammenlignende afprøvning, i virkeligheden var materiale fra den ansøgte sort SUMOST 01.

43 Den 11. juni 2007 påklagede sagsøgeren afgørelsen om ophævelsesbegæringen til appelkammeret, hvilken klage blev registreret under nr. A 006/2007.

44 Til støtte for denne klage gjorde sagsøgeren nærmere bestemt gældende, at han var berettiget til at indgive klage i henhold til forordningens artikel 68, sammenholdt med dennes artikel 67, der udtrykkeligt omhandler afgørelser, der er truffet med hjemmel i nævnte forordnings artikel 21, at Sortsmyndighedens skrivelse af 10. maj 2007, der er nævnt i præmis 37 ovenfor, udgjorde en afgørelse, hvorved der ikke blev truffet en afgørelse, der kunne anfægtes af sagsøgeren, og at denne som part i sagen var berettiget til en afgørelse truffet af Sortsmyndigheden, selv om denne myndighed var af den opfattelse, at der ikke var hjemmel til ophævelse af sortsbeskyttelsen.

45 Den 12. juli 2007 påklagede sagsøgeren afgørelsen om tilpasning af beskrivelsen til appelkammeret, hvilken klage blev registreret under nr. A 007/2007.

46 Til støtte for denne klage gjorde sagsøgeren nærmere bestemt gældende, at han var berettiget til at indgive klage i henhold til forordningens artikel 68, sammenholdt med dennes artikel 67, at afgørelsen om tilpasning ex officio af den officielle beskrivelse af LEMON SYMPHONY berørte ham umiddelbart og individuelt, at LEMON SYMPHONY var den sort, som var blevet sammenlignet med hans sort SUMOST 01, for hvilken han havde ansøgt om sortsbeskyttelse, at det fremgik af den tekniske afprøvning, at den sort, der var ansøgt om, ikke tydeligt adskilte sig fra sammenligningssorten, at Sortsmyndigheden havde baseret sin vurdering på den tilpassede beskrivelse, der på væsentlige punkter var forskellig fra beskrivelsen fra 1997, og at sorterne, såfremt vurderingen var blevet baseret på beskrivelsen fra 1997, ville være blevet vurderet som klart selvstændige.

47 Af en e-mail afsendt den 20. september 2007 fra appelkammerets sekretariat til formanden for dette fremgår det, at en dato for forhandlingsmødet efter kontakt til de berørte, som passede alle de i sagerne A 005/2007, A 006/2007 og A 007/2007 berørte parter, kun var mulig i løbet af den første uge af december 2007.

48 Ved skrivelse af 20. september 2007 sendt til appelkammeret som reaktion på en telefonsamtale, hvorunder appelkammerets sekretariat havde oplyst, at dette havde til hensigt at organisere en mundtlig procedure, der var fælles for sag A 005/2007 og A 006/2007 eller i hvert fald på samme dag, oplyste sagsøgerens advokat, at det ikke gav nogen mening på dette tidspunkt at vedtage en samlet afgørelse for de nævnte sager A 005/2007 og A 006/2007, idet ugyldighedssagen A 010/2007 fortsat verserede ved Sortsmyndigheden. Ifølge advokaten burde de tre nævnte sager senere forenes, og der burde ikke træffes afgørelse i sagerne A 005/2007 og A 006/2007, før der blev truffet afgørelse i sag A 010/2007. Han oplyste endvidere, at sagsøgeren var vidende om, at udsættelse af de to sager uundgåeligt ville medføre en væsentlig forsinkelse, henset til den snarlige ændring i appelkammerets sammensætning, men at sagsøgeren var indstillet på at acceptere denne forsinkelse.

49 Den 9. oktober 2007 sendte appelkammeret en telefax til parterne med overskriften »Forberedelse af den mundtlige forhandling i klagesagen SUMOST 01 og klagesagerne LEMON SYMPHONY«, hvori appelkammeret henviste til sag A 005/2007, A 006/2007 og A 007/2007 samt til Kommissionens forordning (EF) nr. 1239/95 af 31. maj 1995 om gennemførelsesbestemmelser til Rådets forordning (EF) nr. 2100/94 om EF-sortsbeskyttelse (EFT L 121, s. 37, herefter »gennemførelsesforordningen«). Denne telefax havde følgende ordlyd:

»I overensstemmelse med [gennemførelses]forordningens artikel 50 ønsker formanden for Sortsmyndighedens appelkammer at indkalde parterne til at deltage i den mundtlige forhandling tirsdag den 4. december 2007 […] Med mindre sekretariatet for appelkammeret ved

Sortsmyndigheden inden ti dage fra datoen for denne telefax fra Dem modtager begrundede indsigelser, vil det blive antaget, at den foreslåede dag kan godtages, og der vil blive sendt indkaldelser på det grundlag.

Deres opmærksomhed henledes på [gennemførelses]forordningens artikel 59, stk. 2, i henhold til hvilken følgende gælder: »Hvis en part i sagen, som forskriftsmæssigt er blevet indkaldt til mundtlig forhandling ved [S]ortsmyndigheden, ikke giver møde, kan forhandlingen fortsættes uden vedkommende.«

Send venligst inden ti dage en besvarelse via telefax til appelkammerets sekretariat […]«

50 Det nederste højre hjørne af den nævnte telefax indeholdt et indrammet område med følgende tekst: »Indsæt venligst dato og underskrift på denne kvittering for modtagelsen og send den straks via telefax til appelkammerets sekretariat.«

51 Sagsøgerens advokat undertegnede og daterede den pågældende kvittering for modtagelsen og sendte den til appelkammerets sekretariat den 9. oktober 2007.

52 Ved skrivelse af 17. oktober 2007 meddelte formanden for appelkammeret parterne følgende:

»Sagsøgerens anmodning af 20. september 2007 om udsættelse af datoen for forhandlingsmødet i de tre sager er ikke blevet tiltrådt af appelkammeret.

Det er appelkammerets opfattelse, at spørgsmålet om, hvorvidt sagsøgeren i sag A 006/2007 (ugyldighed) kan stille krav om en afgørelse fra [Sortsmyndigheden], der kan påklages, og som har et indhold, der (i det væsentlige) er: »LEMON SYMPHONY er ikke ugyldig«, nødvendiggør en indgående mundtlig drøftelse i forbindelse med den mundtlige forhandling. Det er et spørgsmål, der omhandler prøvelsesretten i sagen. For nuværende er det appelkammerets opfattelse, at [Sortsmyndighedens] skrivelse af 10. maj 2007 som besvarelse af sagsøgerens ugyldighedsbegæring i overensstemmelse med tysk praksis udgør en retlig afgørelse. En afvisning af klagen, dvs. at der ikke kan stilles krav om en afgørelse om afslag, afsluttede sagen. I tilfælde af, at sagsøgeren skulle få medhold i sagen, vil besvarelsen af 10. maj 2007 uden tvivl blive fortolket som et afslag (at påbyde [Sortsmyndigheden] atter at udfærdige en sådan afgørelse ville bestemt være for formalistisk). Appelkammeret vil dernæst undersøge spørgsmålet om ugyldighed. Denne sag kan prøves uafhængigt af udfaldet af sag A 007 (sortsbeskrivelse).

Derefter skal sag A 005 (sag om indsigelse mod ansøgningen om sortsbeskyttelse) behandles i forhold til LEMON SYMPHONY's ugyldighed eller gyldighed. Denne sag vil ligeledes være klar til prøvelse.

En indkaldelse til behandlingen af sag A 007 (sortsbeskrivelse) kan endnu ikke fastsættes, idet gebyret for påklage endnu ikke er betalt fuldt ud. Det ville imidlertid være hensigtsmæssigt at behandle den samtidigt på grund af forbindelsen mellem de faktiske omstændigheder. Det bemærkes, at appelkammeret først bør undersøge spørgsmålet, om sagen kan antages til realitetsbehandling. Klagen vedrører en skrivelse, der er sendt til indehaveren af EF-sortsbeskyttelsen af LEMON SYMPHONY, og som sagsøgeren sandsynligvis har modtaget fra [Sortsmyndigheden] i kopi til orientering. Det er derfor tvivlsomt, om der er tale om en »afgørelse«. Skulle den imidlertid være det, er det spørgsmålet, om sagsøgeren som i sag A 006 kan påvirke [Sortsmyndighedens] afgørelse via påklage.

Følgelig anmodes sagsøgeren om snarest muligt af hensyn til appelkammerets og modpartens forberedelse af sagerne at oplyse, om også sag [A 007/2007] skal behandles den 4. december 2007, i hvilket tilfælde gebyrerne skal betales inden for den fastsatte frist.«

53 Ved skrivelse af 19. oktober 2007 til formanden for appelkammeret meddelte sagsøgerens advokat dennes indsigelser mod afholdelse af en mundtlig forhandling den 4. december 2007. Han gjorde især gældende, at oplysningerne i skrivelsen af 17. oktober 2007 fra appelkammerets formand lod forstå, at denne endnu ikke havde indset formålet med sagen, og at denne troede, at der var tale om en ugyldighedssag og ikke en ophævelsessag. Han gentog endvidere sin opfattelse, hvorefter sagerne A 005/2007, A 006/2007 og A 007/2007 ikke var klar til prøvelse, hvorfor fastlæggelsen allerede i år af mundtlige forhandlinger ikke syntes nødvendig, og at ugyldighedssagen (sag A 010/2007) havde prioritet. Endelig gjorde han under henvisning til forordningens artikel 81, stk. 2, og artikel 48, stk. 3, indsigelse mod, at oplysningerne fra Bundessortenamts ansatte på grund af mistanke om partiskhed blev taget i betragtning.

54 Ved anbefalet brev af 29. oktober 2007, som sagsøgerens advokat kvitterede for modtagelsen af den 6. november 2007, blev parterne officielt indkaldt til mundtlige forhandlinger den 4. december 2007 i sagerne A 005/2007, A 006/2007 og A 007/2007.

55 Den 30. oktober 2007 modtog sagsøgerens advokat en indkaldelse til at deltage i et retsmøde ved Landgericht Hamburg (regional ret i Hamburg, Tyskland) den 5. december 2007, kl. 12.00. Han videregav den straks til appelkammerets formand, idet han erklærede, at han som ansvarlig i sagen burde være til stede personligt i dette retsmøde.

56 Ved e-mail af 5. november 2007 til sagsøgerens advokat reagerede appelkammerets formand på indsigelserne fra denne. Appelkammerets formand oplyste under udtrykkelig henvisning til skrivelsen af 17. oktober 2007, at han ikke så »nogen grund til at udsætte de mundtlige forhandlinger«, idet han præciserede, at det var »ubestridt«, at det var forordningens artikel 21 og ikke dens artikel 20, der stod til drøftelse. Formanden spurgte på ny, om også sag A 007/2007 skulle behandles den 4. december 2007. Appelkammerets formand anmodede om, at de endnu ubetalte gebyrer i givet fald blev betalt snarest.

57 Ved e-mail af 8. november 2007 til sagsøgerens advokat oplyste appelkammerets formand denne om, at de mundtlige forhandlinger for appelkammeret havde »prioritet« over retsmødet ved Landgericht Hamburg, idet den relevante indkaldelse var fra den 29. oktober 2007.

58 Ved skrivelse og telefax af 14. november 2007 til appelkammeret oplyste sagsøgerens advokat, at han formodede, at indkaldelsen ikke vedrørte behandlingen af sag A 007/2007, idet appelkammeret havde anmodet om hans accept af en mundtlig forhandling i denne sag, og han havde ikke givet sit tilsagn. Han gentog, at han gjorde indsigelse mod en eventuel anvendelse af oplysningerne fra Bundessortenamts ansatte.

59 Ved skrivelse og telefax af 14. november 2007 til appelkammeret har sagsøgerens advokat endvidere bemærket, at appelkammeret ikke kunne afholde den mundtlige forhandling den 4. december 2007, idet fristen for indkaldelse ikke var blevet overholdt. Han henledte endvidere opmærksomheden på konsekvenserne af en tilsidesættelse af gennemførelsesforordningens artikel 59, stk. 2.

60 Ved e-mail af 15. november 2007 svarede appelkammerets formand sagsøgerens advokat, at indkaldelsen endvidere omfattede behandlingen af sag A 007/2007.

61 Ved e-mail af 26. november 2007 oplyste appelkammerets formand sagsøgerens advokat bl.a., at den officielle indkaldelse alene var en »bekræftelse af datoen«, og den omstændighed, at denne blev meddelt den 6. november 2007, kunne betegnes som »ikke relevant«. Formanden stillede endvidere følgende spørgsmål: »Er det muligt, at det er undgået Deres opmærksomhed, at De allerede den 9. oktober 2007 gav Deres accept af denne dato?«

62 Ved e-mail af 29. november 2007 oplyste sagsøgerens advokat appelkammerets sekretariat, at hverken han selv eller hans klient ville deltage i de mundtlige forhandlinger.

63 På trods af sagsøgerens indsigelser afholdt appelkammeret den 4. december 2007 den mundtlige forhandling i hver af de tre sager A 005/2007, A 006/2007 og A 007/2007 i sagsøgerens fravær, således som det fremgår af referatet fra forhandlingsmødet. Sag A 006/2007 blev behandlet før sag A 005/2007.

64 I forbindelse med disse forhandlinger gav Menne møde som sagkyndig fra Bundessortenamt og ansat ved Sortsmyndigheden. Hun forklarede bl.a., at det plantemateriale, der var indgivet til den tekniske afprøvning af LEMON SYMPHONY i 1997 uden tvivl var blevet behandlet med vækstregulatorer, men at det imidlertid ikke havde givet problemer under denne afprøvning, »idet planterne var vokset på fuldkommen normal vis«. Hun oplyste endvidere, at »virkningen af vækstregulatorerne var forsvundet« på tidspunktet for den tekniske afprøvning, og hun bekræftede, at »der i tilfældet LEMON SYMPHONY ikke [var] tvivl om kvaliteten af de prøver, der blev foretaget i juli/august 1997«. Intervenienten bekræftede på sin side, at »vækstregulatorerne generelt kun virker i fire til seks uger«, især i tilfældet *Osteospermum*.

65 Ved afgørelse af 4. december 2007 (sag A 006/2007) gav appelkammeret efter realitetsbehandling afslag på sagsøgerens klage over afgørelsen om ophævelsesbegæringen.

66 Ved afgørelse af 4. december 2007 (sag A 005/2007) gav appelkammeret efter realitetsbehandling afslag på sagsøgerens klage over afgørelsen om afslag.

67 Ved afgørelse af 4. december 2007 (sag A 007/2007) afviste appelkammeret at behandle sagsøgerens klage over afgørelsen om tilpasningen af sortsbeskrivelsen.

68 I hver af de tre sager havde appelkammeret forinden fastslået, at indkaldelsen til den mundtlige forhandling var blevet sendt på korrekt og behørig vis. Appelkammeret bemærkede i denne henseende, at selv om det var korrekt, at fristen på en måned i gennemførelsesforordningens artikel 59, stk. 1, ikke var blevet overholdt, idet meddelelsen først blev meddelt sagsøgeren den 6. november 2007, havde dette dog ingen betydning, idet datoen den 4. december 2007 var blevet aftalt med sagsøgeren i overensstemmelse med den nævnte bestemmelse. Ifølge appelkammeret havde sagsøgeren nemlig allerede den 9. oktober 2007 skriftligt accepteret den af appelkammeret foreslåede dato. Endvidere havde sagsøgeren ikke gjort brug af den mulighed, der var tilbudt ham, for inden ti dage, dvs. senest den 19. oktober 2007, skriftligt at anføre en begrundet indsigelse om, at han var forhindret i at give møde i det pågældende forhandlingsmøde. Sagsøgeren havde således siden sidstnævnte dato været vidende om, at indkaldelsen ville følge efter aftalen om datoen. Kvitteringen for modtagelsen af indkaldelsen af 29. oktober 2007, der var undertegnet af sagsøgeren den 6. november 2007, indeholdt endvidere en håndskreven oplysning om »bereits not[iert]« (allerede noteret). Begrundelsen for fastsættelse af en indkaldelsesfrist, dvs. at sikre den indkaldte part mindst en måneds forberedelsestid eller et kortere tidsrum, hvis denne giver sit samtykke hertil, var således blevet respekteret.

69 Appelkammeret havde endvidere givet afslag på sagsøgerens anmodninger om udsættelse af datoen for forhandlingsmødet, fordi dennes advokat skulle give møde ved en anden retsinstans, og om udsættelse af sagerne, indtil der var truffet afgørelse i sagen om ugyldighed (sag A 010/2007), eller fordi sagerne ikke var klar til prøvelse, eller henset til den krænkelsessag, der verserede ved de tyske civile retter.

70 Appelkammerets formands mandat udløb den 16. december 2007.

Behandlingen ved Sortsmyndighedens appelkammer af sag A 010/2007

71 Den 19. oktober 2007 påklagede sagsøgeren afgørelsen om ugyldighedsbegæringen til appelkammeret, hvilken klage blev registreret under nr. A 010/2007.

72 Til støtte for denne sag gjorde sagsøgeren nærmere bestemt gældende, at det plantemateriale, hvorpå LEMON SYMPHONY's tekniske afprøvning var blevet foretaget i 1997, var mangelfuldt. Han anførte endvidere muligheden af, at de fremsendte planter var stiklinger, og at disse stiklinger derefter var blevet anvendt i forbindelse med den nævnte tekniske afprøvning. Sagsøgeren anførte endvidere forskellene i forhold til den beskrivelse af LEMON SYMPHONY, der var blevet udarbejdet i Japan (jf. præmis 6 ovenfor). Han informerede om den sagkyndige rapport fra Dr. Ludolph, der er nævnt i præmis 16 ovenfor. Han bemærkede endvidere, at de sorter, der var nævnt som eksempler i de vejledende afprøvningsprincipper, der fandt anvendelse fra 2001, alle bortset fra sorten NAIROBI var blevet sammenlignet med LEMON SYMPHONY i 1997. Med hensyn til de erklæringer, Menne og intervenienten havde afgivet under forhandlingsmødet den 4. december 2007 i sagerne A 005/2007, A 006/2007 og A 007/2007, foreslog sagsøgeren ved hjælp af en sagkyndig vurdering at bevise sin påstand om, at virkningerne på afprøvningen af en behandling med vækstregulatorer ikke var begrænset til en varighed af fire til seks uger. Endelig oplyste sagsøgeren, at hans ugyldighedsbegæring var fremsat i henhold til forordningens artikel 20, stk. 1, litra a), sammenholdt med artikel 7. Henset til, at en sort kun kan anses for at være selvstændig, hvis den adskiller sig på grundlag af forekomsten af de kendetegn, der skyldes en genotype eller kombination af genotyper, kunne der ifølge sagsøgeren ikke være tale om selvstændighed, når forekomsten af konstaterede kendetegn var resultatet af en mekanisk behandling og en behandling med vækstregulatorer.

73 Efter indkaldelsen til forhandlingsmødet gjorde sagsøgeren i et yderligere processkrift af 12. januar 2009 indsigelse over, at Menne deltog i mødet, og at hendes erklæringer blev taget i betragtning.

74 Sagsøgeren gentog endvidere deri sit tilbud om at bevise ved sagkyndig bistand, at resultaterne af DUS-afprøvningen af LEMON SYMPHONY foretaget i 1997 ikke kunne forklares ved genotypen, men ved den kemiske og mekaniske behandling eller ved den omstændighed, at der var anvendt stiklinger fra de fremsendte planter. Sagsøgeren anmodede endvidere udtrykkeligt om at måtte fremlægge de foreslåede beviser.

75 Den mundtlige forhandling for appelkammeret i sag A 010/2007 fandt sted den 23. januar 2009.

76 Ved afgørelse af 23. januar 2009 (sag A 010/2007), der blev meddelt sagsøgeren den 15. april 2009, gav appelkammeret efter realitetsbehandling afslag på sagsøgerens klage over afgørelsen om ugyldighedsbegæringen med en begrundelse, hvoraf følgende punkter gengives:

»4. Sagsøgeren har begrundet sin klage med en erklæring om, at afprøvningen af sorten LEMON SYMPHONY i 1997 var behæftet med fejl, idet det afprøvede materiale ikke opfyldte de krav, der stilles til det materiale, der skal leveres, idet det var blevet behandlet med en vækstregulator, og der var tale om en plante med knopper. Bundessortenamt oplyste [Sortsmyndigheden], at afprøvningens gyldighed kunne risikere at blive berørt, hvis det pågældende materiale blev anvendt, men Bundessortenamt blev rådet til at fortsætte afprøvningen og at tage stiklinger fra det leverede materiale. Det er almindelig praksis i forbindelse med en afprøvning at formere alle de anvendte sorter ved at tage stiklinger samtidigt, så det sikres, at alt materialet har samme fysiologiske alder. Spørgsmålet om kemisk behandling er ikke så enkelt, som sagsøgeren har erklæret. Sortsmyndighedens tekniske protokol TP 176/1, der finder anvendelse på *Osteospermum*, kræver, at materialet ikke har været underkastet kemisk behandling, bortset fra tilfælde, hvor de kompetente myndigheder giver tilladelse til en sådan behandling. En lignende bestemmelse havde eksisteret i 1996, førend [den nævnte protokol] og UPOV's vejledende principper for denne sort eksisterede. Sagsøgeren synes ikke at tage den omstændighed i betragtning, at afprøvningen i 1997 blev foretaget inden for rammerne af en protokol, der var aftalt mellem Bundessortenamt og Sortsmyndigheden, hvorfor sagsøgerens henvisninger til UPOV's beskrivelse er fejlagtige. Hvad angår indflydelsen af en behandling med vækstregulatorer er det tilstrækkeligt at konkludere, at denne ikke har haft nogen indvirkning på afprøvningen. Den type vækstregulator, der blev anvendt under formeringen, har normalt ikke nogen varig virkning, henset til, at den efterfølgende kontrol af plantens vækst kræver en yderligere sprøjtning

med vækstregulatorer. De oplysninger, der er afgivet af [intervenienten], hvorefter vækstregulatorer alene anvendes i den indledende fase, og at deres virkninger forsvinder efter fire til seks uger, er overbevisende. Erklæringen om, at afprøvningen ikke er gyldig på grund af anvendelsen af forkert materiale, er ikke begrundet.

[…]

Den omstændighed, der er anført af sagsøgeren, om, at alle de referencesorter, der er nævnt i de vejledende principper [for afprøvning TG/176/3], var kendte i 1997, er ikke relevant, henset til, at beskrivelsen af sorten er korrekt for så vidt angår de sorter, som Sortsmyndigheden og Bundessortenamt havde kendskab til på tidspunktet for afprøvningen af LEMON SYMPHONY.

[…]

6. Sorten LEMON SYMPHONY, der er opnået ved en generisk krydsning (sic) mellem arterne *Osteospermum* og *Dimorphoteca*, er som sådan unik ikke alene på grund af sine morfologiske kendetegn, men også ved sin fortsatte blomstringsperiode, der er længere end de aktuelle *Osteospermum*-sorters. Den japanske rapport, der henvises til i sagsakterne, viser, at de anvendte referencesorter var sorter af *Dimorphoteca*. På grund af LEMON SYMPHONY's unikke kendetegn har det ikke i forbindelse med Bundessortenamts afprøvning i 1997 været muligt at finde referencesorter, som den kunne være blevet sammenlignet med.

[…]

7. Sagsøgeren har ikke gjort gældende, at LEMON SYMPHONY ikke adskiller sig fra en af UPOV's referencesorter. Sagsøgeren har ikke nævnt navnet på én eneste sort, der på tidspunktet for ansøgningen ikke adskilte sig fra LEMON SYMPHONY, hvilket imidlertid præcis er den betingelse, der fremgår af [forordningens] artikel 20, stk. 1, men begrunder sin påklage med et forsøg på at bevise, at sorten ikke eksisterede i sin aktuelle form, og at afprøvningen ikke var gyldig, fordi det leverede materiale var fejlbehæftet.«

77 Ved skrivelse sendt til appelkammeret den 30. marts 2009 afgav sagsøgeren en serie kritikpunkter og indsigelser såvel i forhold til referatet af forhandlingsmødet som i forhold til dettes afvikling den 23. januar 2009, der begge ifølge sagsøgeren er behæftet med alvorlige fejl, hvilket han har tilbudt at bevise ved vidner for Retten. Denne skrivelse indeholder bl.a. følgende påstande:

»2. Upræcis fremstilling af den angivelige aftale mellem [Sortsmyndigheden] og Bundessortenamt.

a) Fremstillingen på s. 2 i referatet, hvorefter [Sortsmyndigheden] »senere« fremsendte en kopi af den aftale, den havde indgået med Bundessortenamt, giver et fordrejet og derfor et upræcist billede af hændelserne. Sagsøgeren har ikke haft lejlighed til at udtale sig om den »aftale«, der var udarbejdet af [Sortsmyndigheden], førend appelkammeret havde truffet sin afgørelse om Mennes deltagelse i forhandlingsmødet.

I virkeligheden havde [Sortsmyndigheden] lige inden rådslagningen sendt et dokument til appelkammeret uden samtidig at meddele sagsøgeren dette.

Det var først under den efterfølgende afbrydelse af forhandlingsmødet, da appelkammeret havde trukket sig tilbage for at rådslå og foretage afstemning, at sagsøgeren modtog en kopi af et dokument med overskriften »EXAMINATION OFFICE – DESIGNATION AGREEMENT« (Afprøvningskontor – repræsentationsbemyndigelse). Sagsøgeren fik ikke lejlighed til at udtale sig om dokumentet inden appelkammerets afstemning og afgørelse.

Derfor gør sagsøgeren gældende, at hans ret til at blive hørt er blevet tilsidesat. Da appelkammeret efter afstemningen meddelte sin afgørelse om at lade Menne deltage i forhandlingsmødet, begrundede appelkammeret sin afgørelse både med den omstændighed, at »intet element i aftalen mellem Sortsmyndigheden og Bundessortenamt var til hinder for«, at Menne deltog i forhandlingsmødet, og således også med det dokument, sagsøgeren havde modtaget. Dette bør betragtes som en tilsidesættelse af forordningens […] artikel 75, henset til, at sagsøgeren ikke har kunnet tage stilling til denne aftale hverken mundtligt eller skriftligt.

b) Selv om de indsigelser, som sagsøgeren efterfølgende gjorde gældende over for det dokument, der var udarbejdet af [Sortsmyndigheden], »EXAMINATION OFFICE – DESIGNATION AGREEMENT«, ikke indgår i referatet, bør de dog tages i betragtning i forbindelse med den materielle afgørelse:

Den kopi, der blev udleveret til sagsøgeren, indeholder ingen underskrifter. Sagsøgeren har udtrykkeligt oplyst, at aftalen siden den 31. december 2006 under alle omstændigheder ikke længere er gyldig (jf. aftalens artikel 11, stk. 1).

Sagsøgeren har ligeledes på grundlag af dokumentets artikel 11, stk. 1, modsagt det svar Sortsmyndighedens præsident gav under forhandlingsmødet, hvorefter aftalen var gyldig på tidspunktet for den omtvistede afprøvning. I overensstemmelse med den nævnte bestemmelse var aftalen nemlig højst gyldig fra den 1. januar 2005. Dette er heller ikke blevet nævnt i referatet.

[Sortsmyndighedens] præsidents erklæring om, at aftalen var blevet forlænget, blev ligeledes, henset til, at der ikke forelå oplysninger i denne retning, anfægtet af sagsøgeren under forhandlingsmødet, uden at denne anfægtelse indgår i referatet.

Endelig indgår appelkammerets påbud til [Sortsmyndigheden] om at fremskaffe en gyldig udgave af aftalen heller ikke i referatet.

Af hensyn til fuldstændigheden tillader vi os endvidere at bemærke, at det til sagsøgeren udleverede dokument endda ikke angiver Bundessortenamt som kontraherende part til [Sortsmyndigheden]. Endvidere kræver gennemførelsesforordningens artikel 15, stk. 2, at de handlinger, som medlemmer af prøvningsmyndighedens personale foretager, skal være »i overensstemmelse med aftalen«. Følgelig kan alene de handlinger, der udtrykkeligt fremgår af aftalen, i forhold til tredjemand anses for at være handlinger foretaget af [Sortsmyndigheden]. Modsætningsvis er det således ikke tilstrækkeligt, at aftalen »ikke udtaler sig om« visse handlinger.

3. Oplysninger afgivet af Menne

De oplysninger, der blev afgivet af Menne under forhandlingsmødet, gengives kun ufuldstændigt og upræcist i referatet:

a) Den alvorligste udeladelse fra referatet er sandsynligvis følgende:

Under forhandlingsmødet spurgte sagsøgeren Menne, om DUS-prøvelsen af sorten LEMON SYMPHONY var blevet foretaget på de planter, der var sendt af [intervenienten], eller på de planter, der var dyrket på stiklinger fra sidstnævnte. Menne udtalte, at hun ikke havde nogen erindring derom, hvorfor hun på nuværende tidspunkt ikke længere var i stand til at udtale sig bekræftende om, hvorvidt DUS-prøvelsen af sorten LEMON SYMPHONY var blevet foretaget på de fremsendte planter eller på den efterfølgende generation. På det grundlag må de samlede oplysninger afgivet af Menne vedrørende afviklingen af afprøvningen imidlertid anses for at mangle bevisværdi, idet det ikke står klart, hvordan denne dame kunne udtale sig om en afprøvning, for hvilken hun end ikke kendte genstanden.

Mennes udtalelse om, at hun kunne bekræfte, at den vækstregulator, der fandt anvendelse på sorten LEMON SYMPHONY, ikke havde haft nogen indflydelse på den tekniske afprøvning, mangler ligeledes bevisværdi. Når Menne således ikke kunne huske de planter, der blev anvendt under afprøvningen, er det heller ikke muligt for hende at fastslå en forbindelse mellem planterne og vækstregulatoren.

Referatet undlader ligeledes at nævne den omstændighed, at appelkammeret har afvist at behandle sagsøgerens spørgsmål, hvorved denne spurgte Menne, hvordan hun forklarede den håndskrevne note på [Sortsmyndighedens] sagsakter, ifølge hvilken stiklingerne var taget fra de fremsendte planter.

b) Den konstatering, der fremgår på s. 4 i referatet, hvorefter Menne ikke var i tvivl om, at virkningen af en vækstregulator ikke kunne vare længere end en måned, er fejlagtig. I virkeligheden oplyste Menne, at vækstregulatorer efter hendes opfattelse medfører virkninger på planterne i højst seks til otte uger.

c) Endvidere må den konstatering i referatet om, at Menne har bekræftet, at sorten LEMON SYMPHONY i 1997 var den eneste kendte sort af denne type, anses for at være upræcis. Menne har derimod begrundet det »unikke kendetegn« med den omstændighed, at denne sort i modsætning til alle de tidligere kendte sorter blomstrede hele året uden hvilefase. Sagsøgeren svarede hende, at dette kendetegn ikke var relevant i forhold til sortens ydre fremtoning. Dette kendetegn alene gør det følgelig ikke muligt at fastslå, om sorten er selvstændig i den betydning, hvori ordet anvendes i forordningens artikel 7 […].

Det ville være hensigtsmæssigt, hvis appelkammeret tog de ovenfor nævnte aspekter i betragtning, når det træffer afgørelse.

4. Sagsøgerens tilbud om beviser i processkriftet af 12. januar 2009

I punkt 48 og 49 i [Sortsmyndighedens] bemærkninger har denne anmodet appelkammeret om at afslå tilbuddene om beviser. Referatet indeholder imidlertid ingen oplysninger om de forklaringer, der blev afgivet af sagsøgeren om dennes tilbud om at føre beviser, og som fremgik af dennes processkrift af 12. januar 2009.

Referatet omtaler ikke den omstændighed, at sagsøgeren under forhandlingsmødet tilbød at fremlægge et yderligere bevis for sin oplysning om, at behandlingen med vækstregulatorer havde virkninger på tidspunktet for den afprøvning, der blev foretaget i 1997. I denne henseende foreslog sagsøgeren, at der foretages et nyt dyrkningsforsøg med plantemateriale i knop, beskåret og kemisk behandlet, og at dette forsøg vurderes af en uafhængig sagkyndig.

5. Andre usikkerheder og udeladelser

Referatet er kendetegnet ved en række andre unøjagtigheder og udeladelser, der kort resumeres nedenfor:

a) I forbindelse med afgørelsen om at tillade Menne at deltage i resten af forhandlingsmødet, krævede appelkammeret ikke af Menne, at hun skulle udtale sig »i egenskab af sagkyndig«. Den dertil svarende konstatering, der fremgår af referatets s. 3, er fejlagtig og modsiger andet afsnit på s. 4, hvorefter Menne som part i sagen »indgår som en del af [Sortsmyndigheden]«. Den omstændighed, at appelkammeret hvad angår høringen af Menne ikke traf afgørelse om beviserne som omhandlet i gennemførelsesforordningens artikel 60, stk. 1, taler ligeledes imod tesen om Mennes egenskab af sagkyndig.

b) Bemærkningen i referatet om, at sagsøgeren (kun) har anført den omstændighed, at DUS-prøvelsen i 1997 »ikke var pålidelig«, er upræcis. Sagsøgeren erklærede derimod, at hans ugyldighedsbegæring var begrundet i argumentet om, at sorten LEMON SYMPHONY som defineret ved beskrivelsen af sorten i 1997 ikke var selvstændig, henset til, at konstateringen af forekomsten af kendetegn ikke skyldtes den afprøvede plantes genotype.

6. Anmodning

Sagsøgeren anmoder om, at referatet af forhandlingsmødet tilpasses, og at unøjagtighederne, udeladelserne og usikkerhederne rettes. Den materielle afgørelse bør baseres på afviklingen af forhandlingsmødet, således som det vil fremgå af det tilpassede referat.«

78 Ved e-mail af 7. april 2009 meddelte appelkammeret sagsøgeren, at dennes bemærkninger vedrørende referatet af forhandlingsmødet var blevet meddelt de øvrige parter til orientering.

Procedure

79 Ved stævning indleveret til Rettens Justitskontor den 3. april 2008 har sagsøgeren anlagt sag, registreret som nr. T-133/08, med henblik på prøvelse af afgørelse A 007/2007.

80 Ved stævning indleveret til Rettens Justitskontor den 4. april 2008 har sagsøgeren anlagt sag, registreret som nr. T-134/08, med henblik på prøvelse af afgørelse A 006/2007.

81 Ved stævning indleveret til Rettens Justitskontor den 13. maj 2008 har sagsøgeren anlagt sag, registreret som nr. T-177/08, med henblik på prøvelse af afgørelse A 005/2007.

82 Ved kendelse afsagt af formanden for Rettens Syvende Afdeling den 3. september 2008, efter at have hørt parterne, er sagerne T-133/08, T-134/08 og T-177/08 blevet forenet med henblik på den skriftlige og mundtlige forhandling samt dommen.

83 Ved særskilt dokument indleveret til Rettens Justitskontor den 25. februar 2009 har sagsøgeren i henhold til artikel 48, stk. 2, i Rettens procesreglement anmodet om at fremsætte et nyt anbringende. Til dette dokument er som bilag vedlagt de skriftlige bemærkninger, der blev afgivet af Sortsmyndigheden den 23. januar 2009 under den mundtlige forhandling for appelkammeret i sag A 010/2007. Idet det nævnte dokument og bilaget dertil er blevet indføjet i sagen, er de øvrige parter blevet opfordret til at fremsætte deres skriftlige bemærkninger hertil. Sortsmyndigheden har efterkommet denne opfordring ved dokument indleveret til Rettens Justitskontor den 23. marts 2009. Intervenienten har fremsat sine bemærkninger i sin duplik.

84 Som et led i foranstaltningerne med henblik på tilrettelæggelse af retsmødet den 22. juni 2009 har Retten (Syvende Afdeling) anmodet parterne om at give oplysning om de videre skridt, der henhørte under klagesagen i sag A 010/2007, og de konsekvenser, der i givet fald skulle drages af appelkammerets afgørelse i denne sag for så vidt angår den videre foranstaltning i de forenede sager T-133/08, T-134/08 og T-177/08. Parterne har efterkommet denne anmodning inden for den fastsatte frist.

85 Ved stævning indleveret til Rettens Justitskontor den 24. juni 2009 har sagsøgeren anlagt sag, registreret som nr. T-242/09, med henblik på prøvelse af afgørelse A 010/2007.

86 Ved kendelse afsagt af formanden for Rettens Syvende Afdeling den 15. juni 2010, efter at have hørt parterne, blev de forenede sager T-133/08, T-134/08 og T-177/08 forenet med sag T-242/09 med henblik på den mundtlige forhandling og dommen.

87 Da sammensætningen af Rettens afdelinger er blevet ændret med virkning fra det nye retsår, er den refererende dommer blevet tilknyttet Anden Afdeling, som sagerne derfor er blevet henvist til.

88 På grundlag af den refererende dommers rapport har Retten (Anden Afdeling) i henhold til procesreglementets artikel 135a besluttet at indlede den mundtlige forhandling efter at have konstateret, at visse af parterne inden for den fastsatte frist havde fremsat en begrundet anmodning herom.

89 Parterne har afgivet mundtlige indlæg og besvaret Rettens (Anden Afdeling) mundtlige spørgsmål under retsmødet den 28. februar 2012.

Parternes påstande

90 I sag T-133/08 har sagsøgeren nedlagt følgende påstande:

— Afgørelse A 007/2007 annulleres, og afgørelsen om tilpasning af beskrivelsen erklæres ugyldig.

— Sortsmyndigheden tilpligtes at betale sagens omkostninger.

91 I sag T-134/08 har sagsøgeren nedlagt følgende påstande:

— Afgørelse A 006/2007 annulleres.

— Sortsmyndigheden tilpligtes at betale sagens omkostninger.

92 I sag T-177/08 har sagsøgeren nedlagt følgende påstande:

— Afgørelse A 005/2007 annulleres.

— Sortsmyndigheden tilpligtes at betale sagens omkostninger.

93 I sag T-242/09 har sagsøgeren nedlagt følgende påstande:

— Afgørelse A 010/2007 annulleres.

— Sortsmyndigheden tilpligtes at betale sagens omkostninger.

94 Såfremt Retten finder, at den behøver en nærmere afklaring af de faktiske omstændigheder, har sagsøgeren endvidere i sag T-242/09 anmodet om, at Retten træffer følgende foranstaltninger med henblik på sagens tilrettelæggelse:

— Modtager de beviser, som sagsøgeren tilbyder med henblik på at underbygge oplysningen om, at Menne under forhandlingsmødet den 23. januar 2009 erklærede, at hun ikke længere erindrede, om den tekniske afprøvning af LEMON SYMPHONY var blevet foretaget på de fremsendte planter eller på stiklinger fra disse.

— Modtager det bevis, som sagsøgeren tilbyder i form af sagkyndig erklæring med henblik på at underbygge oplysningen om, at behandlingen af plantemateriale af arten *Osteospermum* med vækstregulatorer og ved mekanisk beskæring ikke »forsvinder« i løbet af en dyrkningsprøvelse, og at de har indflydelse på resultaterne af den nævnte afprøvning.

— I det omfang Retten finder dette nødvendigt, modtager den de øvrige beviser, som sagsøgeren har tilbudt under klagesagen og i forbindelse med nærværende søgsmål.

95 Sortsmyndigheden har nedlagt følgende påstande:

— Sagen afvises i sag T-133/08, for så vidt som den vedrører annullation af afgørelsen om tilpasning af beskrivelsen, og i øvrigt frifindelse.

— Frifindelse i sag T-134/08 og T-177/08.

— Sagen afvises i sag T-242/09, og under alle omstændigheder frifindelse.

— Sagsøgeren tilpligtes at betale sagens omkostninger.

— Det fastslås, at Sortsmyndigheden alene bærer sine egne omkostninger, i det tilfælde og i det omfang sagsøgeren får medhold i en af de nedlagte påstande.

96 Sortsmyndigheden har endvidere anmodet Retten om, at den forkaster den af sagsøgeren fremsatte anmodning om foranstaltninger med henblik på tilrettelæggelsen af sag T-242/09.

97 I hver af sagerne T-133/08, T-134/08, T-177/08 og T-242/09 har intervenienten nedlagt følgende påstande:

— Frifindelse.

— Sagsøgeren tilpligtes at betale sagens omkostninger.

Indledende betragtninger om forholdet mellem de fire forenede sager og om den rækkefølge, hvori de bør undersøges

98 Som sagsøgeren med rette har anført i sine skriftlige indlæg, og således som han har gentaget i retsmødet, er de tre første forenede sager T-133/08, T-134/08 og T-177/08 knyttet til hinanden ved en tæt afhængighed, og de er tillige knyttet til sag T-242/09 (ugyldighedssag om LEMON SYMPHONY), idet de er afhængige af udfaldet af den, hvilket begrunder, at sidstnævnte sag undersøges først i nærværende dom. Udfaldet af denne sag er således afgørende for udfaldet af de tre andre sager, såfremt afgørelse A 010/2007 annulleres. Herefter følger i omvendt prioriteret rækkefølge efter afhængighedsgrad sag T-134/08 (ophævelsessag om LEMON SYMPHONY), derefter sag T-133/08 (tilpasning af beskrivelsen af LEMON SYMPHONY) og endelig sag T-177/08 (ansøgning om meddelelse af EF-sortsbeskyttelse af SUMOST 01). Disse tre sidstnævnte sager vil imidlertid blive undersøgt samlet i den resterende del af denne dom, idet de anfægtede afgørelser synes behæftet med den samme procedurefejl og den samme tilsidesættelse af retten til forsvar, således som det vil blive anført i præmis 216 ff. nedenfor.

99 Sagsøgeren har i retsmødet oplyst, at han ikke længere fastholder det standpunkt, som han indledningsvis forsvarede i sag T-134/08, og at han fremover vil forsvare det standpunkt, som han har forsvaret i sag T-242/09, hvorefter LEMON SYMPHONY er forblevet stabil, men ikke blev beskrevet korrekt i 1997. Han har imidlertid ikke formelt hævet sag T-134/08, hvorfor den fortsat bør undersøges.

Sag T-242/09

Formaliteten

100 I afgørelse A 010/2007 fandt appelkammeret, at sagsøgeren som part i den sag, der skulle føre til afgørelsen om ugyldighedsbegæringen, havde kompetence til at indgive klage for dette.

101 Sortsmyndigheden har erklæret, at den ikke deler dette standpunkt, og har gjort gældende, at sagsøgeren ikke havde egenskab af part i ugyldighedssagen, idet han ikke havde indgivet ugyldighedsbegæring i henhold til gennemførelsesforordningens artikel 1, stk. 2. Ifølge Sortsmyndigheden er den nævnte sag, der blev påbegyndt i henhold til forordningens artikel 20, faktisk i princippet en sag, der er indledt ex officio. Det er imidlertid Sortsmyndighedens opfattelse, at den retlige fejl, der således er begået af appelkammeret, ikke har nogen konsekvenser, idet sagsøgeren ifølge appelkammeret havde kompetence til i anden egenskab at indgive en klage over afgørelsen om ugyldighedsbegæringen, nemlig som umiddelbart og individuelt berørt af denne.

102 Ikke desto mindre er det Sortsmyndighedens og intervenientens opfattelse, at sagen skal afvises. Ifølge disse parter kan en påstand om annullation af en sortsbeskyttelse alene realitetsbehandles med hensyn til forordningens artikel 20, stk. 1, litra a), og artikel 7, såfremt der fremlægges oplysninger om de faktiske omstændigheder og beviser, der godtgør, at den nævnte sort ikke er forskellig med mindst et relevant kendetegn i dens genetiske konstitution fra enhver anden sort, hvis eksistens var almindeligt kendt på datoen for indgivelsen af ansøgningen om beskyttelse. Sagsøgeren har i den foreliggende sag imidlertid alene påberåbt sig procedurefejl, der ikke er relevante, og som Sortsmyndigheden eller dennes appelkammer derfor ikke burde tage i betragtning i forbindelse med en ugyldighedssag i henhold til forordningens artikel 20.

103 Det synes imidlertid ikke nødvendigt at tage stilling til disse spørgsmål, idet sagsøgte i denne sag, således som det vil blive anført nedenfor, under alle omstændigheder bør frifindes. Ifølge fast retspraksis påhviler det nemlig Retten at vurdere, om en forsvarlig retspleje under de i sagen foreliggende omstændigheder begrunder en frifindelse i sagen, uden at der træffes afgørelse om den formalitetsindsigelse, der er anført af sagsøgte (Domstolens dom af 26.2.2002, sag C-23/00 P, Rådet mod Boehringer, Sml. I, s. 1873, præmis 50-52, og af 22. november 2007, sag C-6/06 P, Cofradía de pescadores »San Pedro« de Bermeo m.fl. mod Rådet, ikke trykt i Samling af Afgørelser, præmis 21).

Om realiteten

104 Sagsøgeren har til støtte for søgsmålet gjort fire anbringender gældende, henholdsvis vedrørende tilsidesættelse af forordningens sammenholdte bestemmelser i artikel 76 og 81, tilsidesættelse af forordningens artikel 20, jf. dens artikel 7, tilsidesættelse af forordningens artikel 75 og tilsidesættelse af gennemførelsesforordningens artikel 63, stk. 1 og 2.

Det første anbringende vedrørende tilsidesættelse af forordningens sammenholdte bestemmelser i artikel 76 og 81

– Parternes argumenter

105 Sagsøgeren har gjort gældende, at »princippet om ex officio oplysning af sagen« er blevet tilsidesat, og gør gældende, at der foreligger en manglende sammenhæng i den anfægtede afgørelse. I denne henseende har han givet udtryk for ikke at ville anfægte resultatet af appelkammerets bevisbedømmelse. Sidstnævnte har derimod, henset til, at det ikke har hverken behandlet eller vurderet beviserne, men at det egenhændigt og uden at foretage en nærmere undersøgelse af de andre parters uunderbyggede argumentation, der blev betegnet som »overbevisende«, truffet en retligt urigtig afgørelse, der ikke tager hensyn til sagsøgerens relevante og begrundede indsigelser eller til dennes fremsatte tilbud om beviser.

106 Ifølge sagsøgeren kunne appelkammeret ikke uden at begå en retlig fejl nå til den overbevisning, at LEMON SYMPHONY i 1997 havde været genstand for en forskriftsmæssig teknisk afprøvning, og at Sortsmyndigheden med rette havde fastslået denne sorts selvstændighed som omhandlet i forordningens artikel 7.

107 Sagsøgeren har nærmere bestemt for det første gjort gældende, at appelkammeret har tilsidesat forordningens artikel 76 og artikel 81 ved ikke at behandle bare et eneste af de beviser, sagsøgeren havde tilbudt, selv om flere faktiske omstændigheder vedrørende den tekniske afprøvning af LEMON SYMPHONY skulle fastlægges, og sagsøgeren selv havde anmodet om, at der blev foretaget den dertil svarende bevisoptagelse.

108 I denne henseende har sagsøgeren først anført, at det er ubestridt, at det plantemateriale, som intervenienten leverede i 1997 med henblik på den tekniske afprøvning, i modsætning til Bundessortenamts krav udgjordes af salgbare produkter i knop, som var blevet behandlet med vækstregulatorer og beskåret. Drøftelsen drejede sig alene om virkningerne af denne behandling på den ydre fremtoning som beskrevet i sortsbeskrivelsen.

109 Sagsøgeren har endvidere for det første bebrejdet appelkammeret, at det ikke har undersøgt, på hvilke planter den tekniske afprøvning var blevet foretaget. Afklaringen af dette spørgsmål ville imidlertid have stor betydning. Sagsøgeren havde nemlig gjort gældende, at hvis der var taget stiklinger i januar 1997, havde de planter, der var kommet ud af disse, ikke på tidspunktet for bestemmelsen af kendetegnene i august 1997 kunnet befinde sig på et vækststadium, der svarede til de planters, med hvilke de skulle sammenlignes, som blev dyrket og stillet til rådighed for Bundessortenamt i begyndelsen af december 1996, og han havde tilbudt at bevise sine påstande ved en sagkyndig erklæring.

110 I denne henseende er appelkammerets erklæring, hvorefter »det er almindelig praksis i forbindelse med en afprøvning at formere alle de anvendte sorter ved at tage stiklinger samtidigt, så det sikres, at alt materialet har samme fysiologiske alder«, usammenhængende og ikke underbygget af beviser. Appelkammeret har ikke på nogen måde godtgjort, at den pågældende »almindelige praksis« var blevet fulgt i det foreliggende tilfælde i forhold til alle de sammenlignede sorter. Appelkammeret har angiveligt i den henseende alene omtalt et »råd«, som Sortsmyndigheden havde givet Bundessortenamt om at foretage afprøvningen ved at tage stiklinger. Endvidere er appelkammerets øvrige erklæringer om virkningerne af vækstregulatorer overflødige, hvis det havde villet forsvare den opfattelse, hvorefter anvendelsen af stiklinger havde udelukket enhver form for indflydelse. Under alle omstændigheder er beviset for den »formodning«, hvorpå appelkammeret baserede sig, ikke blevet godtgjort, idet dette ikke traf bestemmelse om nogen former for bevisoptagelse med henblik på at underbygge denne tese. Den blev heller ikke underbygget af Mennes fremstilling, idet denne i forhandlingsmødet for appelkammeret anførte, at hun ikke længere var i stand til at huske, om den tekniske afprøvning var blevet foretaget på de behandlede planter eller på stiklinger fra disse.

111 For så vidt som den anfægtede afgørelse skal fortolkes således, at også appelkammeret ligeledes var af den opfattelse, at den tekniske afprøvning fra 1997 var blevet foretaget på kemisk og mekanisk behandlede planter, har sagsøgeren dernæst for det andet bebrejdet appelkammeret, at dette havde foretaget usammenhængende konstateringer, der ikke var underbygget af beviser vedrørende den angiveligt manglende virkning af behandlingen af planterne. I denne henseende har sagsøgeren mindet om, at han hele tiden har gjort gældende, at en teknisk afprøvning af kemisk og mekanisk behandlet plantemateriale, der i form af »varer i knop med henblik på salg«, tydeligt befinder sig på et andet vækststade end de andre »unge planter«, der blev anvendt til sammenligningen, ikke gør det muligt at bestemme en sorts selvstændighed i overensstemmelse med forordningens artikel 7. Med henblik på at bevise disse erklæringer, bl.a. hvad angår den varige virkning af vækstregulatorer, havde sagsøgeren flere gange og også i forhandlingsmødet for appelkammeret tilbudt et bevis ved en sagkyndig erklæring og anmodet om, at der blev truffet bestemmelse om bevisoptagelse med henblik herpå.

112 De konstateringer, der i denne henseende blev foretaget af appelkammeret i afsnit 4 i den anfægtede afgørelse (s. 7), var ikke begrundet i parternes argumentation under behandlingen af sagen for dette, men i de antagelser, som appelkammeret selv anførte under behandlingen. Konstateringerne fulgte endvidere ikke af sagens akter, og de blev ikke underbygget af beviser, idet appelkammeret til trods for sagsøgerens anmodninger herom ikke traf bestemmelse om bevisoptagelse og foretrak at give

Mennes argumentation præference. Appelkammerets erklæringer vedrørende den manglende anvendelighed af de vejledende afprøvningsprincipper var i øvrigt uden relevans og sluttelig fejlagtige, således som bekræftet i skrivelsen af 6. november 1996 fra Bundessortenamt. Endelig havde appelkammeret ikke taget den ubestridelige omstændighed i betragtning, at de planter, som intervenienten havde sendt, var »varer i knop med henblik på salg« – med andre ord fuldt udviklede planter på nippet til at blomstre – som det ikke ville have været muligt at sammenligne med unge planter.

113 Sagsøgeren har for det andet gjort gældende, at appelkammeret har undladt at tage hensyn til flere materielle forhold, der er påberåbt af sagsøgeren, eller det har vurderet dem åbenbart urigtigt.

114 I denne sammenhæng har sagsøgeren mindet om, at han bestandigt har anfægtet den angivelige overensstemmelse, således som hævdet af Sortsmyndigheden, mellem de planter, der blev afprøvet henholdsvis i 1997 og i 2005 som plantemateriale af sorten LEMON SYMPHONY. Ifølge sagsøgeren gør den omstændighed, at den nævnte sort fra år 2002 ikke længere har kunnet beskrives på samme måde som i 1997, det muligt at konkludere, at den tekniske afprøvning af denne sort det pågældende år manglede pålidelighed på grund af den behandling, materialet fra 1997 havde fået. Appelkammeret undlod at undersøge sagsøgerens argument herom, idet det i den anfægtede afgørelses afsnit 5 (s. 8) nåede til den konklusion, at planterne LEMON SYMPHONY fra 1997 og 2005 fremstod som identiske, og at det alene var på grundlag af anvendelsen af et ændret vejledende princip, at sorten havde skullet beskrives på en anden måde fra år 2000. Ifølge sagsøgeren er denne konklusion uden relevans.

115 For det første har ingen af parterne anfægtet sagsøgerens argument om, at de planter, der blev afprøvet i 2001 som plantemateriale fra sorten LEMON SYMPHONY, for så vidt angår kendetegnet »stilkenes vækstform« blev betegnet som værende »oprejst til halvoprejst (2)«. De vejledende afprøvningsprincipper TG/176/3 blev imidlertid allerede anvendt i løbet af dette afprøvningsår. Følgelig var det ikke muligt logisk at forklare den omstændighed, at anvendelsen af dette vejledende princip først i 2005 kunne begrunde beskrivelsen »halvoprejst til horisontal (5)«, når der var tale om det samme kendetegn. Tværtimod burde en væsentlig ændring i beskrivelsen allerede være blevet konstateret i 2001.

116 For det andet kan den omstændighed, at det er de vejledende afprøvningsprincipper TG/176/3, der første gang nævner eksempler på sorter for så vidt angår kendetegnet »stilkenes vækstform«, mens »skema over kendetegn VI« ikke omtaler det, heller ikke underbygge den anfægtede afgørelse. Sagsøgerens argument om, at alle de sorter, der var nævnt som eksempler (bortset fra sorten NAIROBI), allerede blev dyrket i forbindelse med den tekniske afprøvning i 1997, var nemlig heller ikke blevet anfægtet. Da der var blevet foretaget en sammenligning med disse sorter, var appelkammerets konklusion uden relevans. Endvidere var sagsøgerens argument om, at sorten ZULU, der i 1997 var blevet sammenlignet med LEMON SYMPHONY, er en »oprejst« sort, ikke blevet anfægtet. Endelig beviste den nye udgave af Sortsmyndighedens tekniske protokol TP176/1 fra 2007 den manglende relevans af appelkammerets erklæringer. Ifølge sagsøgeren havde de eksempler, der blev indført i 2001, hvis disse ikke korrekt afspejlede serien *Osteospermum*, således ikke kunnet optages uden videre i udgaven fra 2007.

117 For det tredje tog appelkammeret ikke hensyn til Bundessortenamts e-mail af 22. marts 2006, hvori denne myndighed erklærede, at den ikke var i stand til i 2006 at træffe bestemmelse om en beskrivelse på grundlag skemaet over kendetegn VI, der fandt anvendelse i 1997. Ifølge sagsøgeren er denne erklæring i strid med appelkammerets konstatering af, at planterne i 2005 udgjorde en fænotype, der var identisk med de planters, der blev afprøvet i 1997. Det er således sagsøgerens opfattelse, at hvis planterne var identiske i 2005, burde de i henhold til skema over kendetegn VI have været beskrevet på nøjagtig samme måde som i beskrivelsen fra 1997.

118 For det fjerde var redegørelsen i den anfægtede afgørelse vedrørende afprøvningen af LEMON SYMPHONY i Japan fejlagtig. I modsætning til det, appelkammeret har hævdet, drejede det sig ubestridt om samme sort, hvorfor det ifølge sagsøgeren var nødvendigt at uddybe spørgsmålet om, hvorfor planterne var blevet vurderet anderledes i Japan.

119 For det femte tog appelkammeret på ingen måde hensyn til de sagkyndige erklæringer fra Dr. Ludolph på vegne af intervenienten, af hvilke det fremgik, at LEMON SYMPHONY aldrig havde været en oprejst sort. En korrekt vurdering af dette aspekt burde ifølge sagsøgeren have ført appelkammeret til at konkludere, at den tekniske afprøvning i 1997 af den nævnte sort endog efter intervenientens opfattelse var urigtig.

120 For det sjette tog den anfægtede afgørelse endelig ikke hensyn til den omstændighed, at ingen anden sort af *Osteospermum*, bortset fra LEMON SYMPHONY, har været gjort til genstand for en tilpasning.

121 Sortsmyndigheden og intervenienten har gjort gældende, at nærværende anbringende er ugrundet, især henset til den skønsmargen, som Sortsmyndigheden har i forbindelse med den tekniske afprøvning af en sort og i forbindelse med anvendelsen af dyrkningsmateriale.

– Rettens bemærkninger

122 Det bemærkes indledningsvis, at Sortsmyndigheden i henhold til forordningens artikel 20, stk. 1, litra a), erklærer EF-sortsbeskyttelsen for ugyldig, »hvis det viser sig«, at betingelserne i artikel 7 eller 10 ikke var opfyldt på tidspunktet for meddelelsen af EF-sortsbeskyttelsen.

123 I henhold til forordningens artikel 76 med overskriften »Sortsmyndighedens prøvelse ex officio af de faktiske omstændigheder«, der i det foreliggende tilfælde hævdes tilsidesat, prøver Sortsmyndigheden under sagsbehandlingen ved denne ex officio de faktiske omstændigheder, »der er af betydning for undersøgelsen i medfør af [forordningens] artikel 54 og 55«.

124 I henhold til forordningens artikel 54 foretager Sortsmyndigheden den materielle prøvelse i forbindelse med undersøgelsen af ansøgningen om EF-sortsbeskyttelse. I den henseende undersøger den bl.a., om sorten kan være genstand for EF-sortsbeskyttelse ifølge artikel 5, og om sorten udgør en nyhed ifølge nævnte forordnings artikel 10.

125 I henhold til forordningens artikel 55 foranlediger Sortsmyndigheden, hvis den ved den første prøvelse konstaterer, at der ingen hindringer er for meddelelse af EF-sortsbeskyttelse, at den eller de kompetente myndigheder i mindst en af medlemsstaterne foretager en teknisk afprøvning til konstatering af, om betingelserne i artikel 7-9 (DUS-kriterierne) er opfyldt (prøvelsesmyndigheder).

126 Det skal derfor først fastslås, at bestemmelsen i forordningens artikel 76 vedrørende prøvelse ex officio af de faktiske omstændigheder ifølge ordlyden ikke finder anvendelse på proceduren ved appelkammeret, når der er indgivet klage over en afgørelse, der er truffet af Sortsmyndigheden, som på begæring fra en part har afslået at erklære en meddelt EF-sortsbeskyttelse ugyldig, idet denne procedure ikke henhører under forordningens artikel 54 og 55.

127 I forbindelse med en sådan procedure tilkommer det således ikke appelkammeret at foretage den materielle prøvelse i medfør af forordningens artikel 54 eller den tekniske afprøvning i medfør af forordningens artikel 55 og heller ikke at udtale sig om lovligheden af en sådan afprøvning, der er foretaget af Sortsmyndigheden i forbindelse med en ansøgning om meddelelse af en EF-sortsbeskyttelse.

128 Det tilkommer alene appelkammeret på grundlag af en parts anmodning herom at udtale sig om lovligheden af en afgørelse, der er truffet af Sortsmyndigheden i henhold til forordningens artikel 20, stk. 1, litra a), om afslag på at erklære EF-sortsbeskyttelsen for ugyldig, fordi det ikke har »vist sig«, som fremført af den pågældende part, at betingelserne i forordningens artikel 7 eller 10 ikke var opfyldt på tidspunktet for meddelelsen af beskyttelsen.

129 Når behandlingen af en ugyldighedssag er iværksat, ikke ex officio men af en interesseret part, hviler bevisbyrden for opfyldelsen af betingelserne for en ugyldigkendelse, i medfør af forordningens artikel 76 og 81, sammenholdt med artikel 20, på denne part.

130 Denne placering af bevisbyrden og bevisførelsen er ganske rigtigt i høj grad forskellig fra den, der gælder på området for EF-varemærker i medfør af artikel 76 i Rådets forordning (EF) nr. 207/2009 af 26. februar 2009 om EF-varemærker (EUT L 78, s. 1), der fastsætter følgende: »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.« Denne forskel i bevisordningen kan imidlertid forklares ved den omstændighed, at forordningen til forskel fra EF-varemærkeforordningen ikke skelner mellem absolutte og relative registreringshindringer.

131 I øvrigt er ordningen i forordningen i overensstemmelse med den, der på området for EF-design er iværksat ved artikel 63, stk. 1, i Rådets forordning (EF) nr. 6/2002 af 12. december 2001 om EF-design (EFT 2002 L 3, s. 1), der lyder som følger:

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

132 Denne ordning er i høj grad i overensstemmelse med de generelle retsprincipper og de procedurebestemmelser, der finder anvendelse på området for bevisbyrde og bevisførelse, herunder grundsætningen om, at bevisbyrden påhviler sagsøger. Det skal i den forbindelse understreges, at Sortsmyndigheden i henhold til forordningens artikel 81, stk. 1, der i den foreliggende sag ligeledes hævdes tilsidesat, i det omfang forordningen eller gennemførelsesforordningen ikke indeholder processuelle bestemmelser, anvender »de principper, der på dette område er almindeligt anerkendt i medlemsstaterne«.

133 Følgelig skal det første anbringende forkastes, fordi det er begrundet i en fejlagtig forudsætning om, at bevisbyrden i den foreliggende sag påhvilede Sortsmyndigheden i henhold til forordningens artikel 76 og 81.

134 Under alle omstændigheder følger det ikke af de af forordningens bestemmelser, der hævdes tilsidesat, at proceduren ved Sortsmyndigheden alene er af inkvisitorisk karakter. Især skal »princippet om prøvelse ex officio«, der fremgår af første punktum i artikel 76 vedrørende den tekniske afprøvning, ses i sammenhæng med den regel, der fremgår af samme artikels andet punktum, hvorefter Sortsmyndigheden ser bort fra kendsgerninger og bevismateriale, som ikke er forelagt inden for den af Sortsmyndigheden fastsatte tidsfrist. Det tilkommer således parterne i sagen ved Sortsmyndigheden inden for fristen at påberåbe sig de faktiske omstændigheder, som de ønsker Sortsmyndighedens afgørelse om, ved at fremlægge de beviser, som de ønsker fremført til støtte for de faktiske omstændigheder.

135 I det omfang disse bestemmelser finder anvendelse i en klagesag til prøvelse af en afgørelse truffet af Sortsmyndigheden i henhold til forordningens artikel 20, og som giver afslag på at erklære den EF-sortsbeskyttelse ugyldig, der er meddelt en plantesort, påhviler det således den part, der har påberåbt sig den nævnte ugyldighed, at anføre de faktiske omstændigheder og fremlægge de beviser, som ifølge den pågældende gør det muligt at godtgøre, at betingelserne for anvendelse af forordningens artikel 20 er opfyldt (jf. analogt Domstolens dom af 17.6.2010, sag C-413/08 P, Lafarge mod Kommissionen, Sml. I, s. 5361, præmis 29 og den deri nævnte retspraksis). Når Sortsmyndigheden ikke deler nævnte parts opfattelse, påhviler det i det mindste denne part at fremlægge konkrete og underbyggede oplysninger til støtte for sine påstande. I givet fald kan de faktiske omstændigheder og

de beviser, som en part gør gældende, forpligte den anden part til at fremkomme med en forklaring eller en begrundelse, i mangel af hvilken appelkammeret kan antage, at reglerne for bevisbyrde er blevet opfyldt (jf. analogt dommen i sagen Lafarge mod Kommissionen, præmis 30 og den deri nævnte retspraksis). Endvidere er appelkammeret forpligtet til omhyggeligt og upartisk at undersøge alle den foreliggende sags relevante omstændigheder, idet det sørger for at overholde de generelle retsprincipper og de procedureregler, der finder anvendelse på området for bevisbyrde og bevisprøvelse.

136 I den foreliggende sag har sagsøgeren nærmere bestemt gjort gældende, at appelkammeret udelukkende har baseret sig på den af Sortsmyndigheden og intervenienten anførte version af de faktiske omstændigheder, uden at indhente eller vurdere de beviser, som sagsøgeren havde tilbudt, og især uden at tage hans begæring til følge om bevisoptagelse, der i det foreliggende tilfælde bestod i en sagkyndig erklæring, hvorved bl.a. virkningen af vækstregulatorer kunne bestemmes, og som var en begæring, han havde fremsat to gange i forbindelse med den skriftlige procedure (jf. præmis 72 og 74 ovenfor) og gentaget under forhandlingsmødet for appelkammeret.

137 I denne henseende finder Retten det imidlertid hensigtsmæssigt at anvende Domstolens praksis analogt i forhold til Sortsmyndighedens appelkammer, der er et domstolslignende organ, hvorefter en begæring om bevisoptagelse, der er fremsat af en part, ikke kan tages til følge, såfremt den ikke er ledsaget af et foreløbigt bevis, der er tilstrækkeligt til, at der kan træffes afgørelse om bevisoptagelse (Domstolens dom af 28.4.1966, sag 51/65, ILFO mod Den Høje Myndighed, Sml. 1965-1968, s. 173, org.ref.: Rec. s. 125).

138 Hverken i forbindelse med den administrative procedure ved Sortsmyndigheden eller under klagesagen for appelkammeret har sagsøgeren imidlertid på noget tidspunkt fremlagt det mindste bevis eller blot indicium (som f.eks. en videnskabelig ad hoc undersøgelse, et uddrag af en specialpublikation, en sagkyndig erklæring afgivet efter hans anmodning herom eller en simpel erklæring fra en sagkyndig inden for botanik eller hortikultur), der ville kunne udgøre et foreløbigt bevis for hans påstand, som er blevet gentaget flere gange, men aldrig underbygget, og som alle de øvrige intervenienter i sagen har gjort indsigelse imod, herunder Bundessortenamt og Sortsmyndighedens kompetente udvalg, hvorefter en mekanisk og kemisk behandling eller det forhold, at der tages stiklinger, således som sket i den foreliggende sag, havde kunnet påvirke den tekniske afprøvning af LEMON SYMPHONY i 1997.

139 Selv om appelkammeret endvidere i sidste ende tilsluttede sig de øvrige parters argumentation, skete dette ikke »egenhændigt og uden at foretage en undersøgelse«, således som sagsøgeren har gjort gældende, men på grundlag af dettes egen ekspertise og sagkundskab på det botaniske område efter at have undersøgt bl.a., om det stadig i 2005 var muligt at beskrive LEMON SYMPHONY på grundlag af de vejledende afprøvningsprincipper TG/176/3, der var gældende i 1997, og ved at redegøre for grundene til, at det agtede at følge Sortsmyndighedens opfattelse snarere end sagsøgerens, således som dette fremgår bl.a. af den anfægtede afgørelses punkt 4. Sagsøgeren har i denne henseende ikke påberåbt sig en tilsidesættelse af begrundelsespligten.

140 Følgelig er den påberåbte tilsidesættelse af reglerne om bevisbyrde og bevisoptagelse ikke tilstrækkeligt godtgjort.

141 Det skal derfor fastslås, at sagsøgeren under dække af en sådan påberåbelse og i modsætning til det, han har gjort gældende, reelt har til hensigt at opnå, at Retten foretager en ny vurdering af de faktiske omstændigheder og relevante beviser.

142 Der skal i denne henseende således sondres imellem, om appelkammerets faktuelle konstateringer og vurderinger er eller ikke er et resultat af komplekse vurderinger på det botaniske eller genetiske område, som kræver en sagkyndig eller en særlig videnskabelig eller teknisk ekspertise.

143 I bekræftende fald fremgår det nemlig af retspraksis, at den prøvelse, det påhviler Retten at foretage i forhold til sådanne faktuelle konstateringer og vurderinger, er spørgsmålet, om de er åbenbart urigtige (Rettens dom af 19.11.2008, sag T-187/06, Schräder mod EF-Sortsmyndigheden (SUMCOL 01), Sml. II, s. 3151, præmis 59-63, efter appel i det væsentlige stadfæstet ved Domstolens dom af 15.4.2010, sag C-38/09 P, Schräder mod EF-Sortsmyndigheden, Sml. I, s. 3209, præmis 77). Dette er f.eks. tilfældet ved vurderingen af en sorts selvstændighed i forhold til de kriterier, der fremgår af forordningens artikel 7, stk. 1.

144 I benægtende fald, når det derimod drejer sig om faktuelle vurderinger, der ikke er af en særlig videnskabelig eller teknisk kompleksitet, fremgår det af den nævnte retspraksis, at Retten foretager en fuldstændig retlig prøvelse (dommen i sagen SUMCOL 01, præmis 65, og dommen i sagen Schräder mod EF-Sortsmyndigheden, præmis 77).

145 I det foreliggende tilfælde har sagsøgeren for det første bebrejdet appelkammeret, at det ikke har undersøgt spørgsmålet om, hvilket plantemateriale der i sidste ende var blevet anvendt ved den tekniske afprøvning efter juli 1997. En undersøgelse af dette spørgsmål, der alene vedrører de faktiske omstændigheder, kræver ingen sagkundskab eller særlig teknisk ekspertise og er ikke af en kompleksitet, der kan begrunde en begrænsning i omfanget af den retlige prøvelse.

146 Ved besvarelsen af sagsøgerens klagepunkt er det imidlertid tilstrækkeligt at bemærke, at når appelkammeret i den anfægtede afgørelses punkt 4 har anført, at »det er almindelig praksis i forbindelse med en afprøvning at formere alle de anvendte sorter ved at tage stiklinger samtidigt, så det sikres, at alt materialet har samme fysiologiske alder«, har det forudsætningsvis, men bestemt fastslået, at dette ligeledes var tilfældet i den foreliggende sag.

147 Denne konstatering er ikke alene i overensstemmelse med sagens objektive oplysninger, således som de fremgår af sagsakterne, men dens nøjagtighed er ydermere understøttet af såvel ordlyden af den håndskrevne note af 30. januar 1997, der er nævnt i præmis 11 ovenfor: »Bundessortenamt har taget stiklinger, afvente, TK 30/01/97«, idet TK er initialerne for den embedsmand i Bundessortenamt, der på daværende tidspunkt var ansvarlig for den tekniske afprøvning, som af den omstændighed, at den tekniske afprøvning først fandt sted flere måneder senere, i juli eller august 1997. Konstateringen modsiges endvidere ikke af de oplysninger, som Menne gav i forhandlingsmødet for appelkammeret, henset til, at hun blot oplyste, at hun ikke længere havde nogen erindring om, hvorvidt den tekniske afprøvning var blevet foretaget på planter, som intervenienten havde sendt, eller på stiklinger fra disse.

148 Denne konstatering er ligeledes blevet mødt med den indsigelse fra sagsøgeren, at hvis stiklingerne var blevet taget fra de planter, som intervenienten havde sendt i 1997, havde planterne fra disse ikke på tidspunktet for bestemmelsen af kendetegnene i august 1997 kunnet befinde sig på et vækststade svarende til de planters, der blev sammenlignet med, og som blev dyrket og stillet til Bundessortenamts rådighed i december 1996. Med støtte i egne erfaringer har appelkammeret således bemærket, at det at tage stiklinger, der af appelkammeret er beskrevet som »almindelig praksis«, gøres i forhold til alle de anvendte sorter i forbindelse med en teknisk afprøvning med henblik på at sikre, at alt materialet har den samme fysiologiske alder.

149 Der drejer sig her om konstateringen af en faktisk omstændighed, der af appelkammeret anses for at være velkendt. Ifølge Domstolens retspraksis i tvister om EF-varemærker er Harmoniseringskontorets organer ikke forpligtet til i deres afgørelser at påvise rigtigheden af velkendte faktiske omstændigheder. Det følger endvidere af Domstolens praksis, at Rettens konstatering af, om de faktiske omstændigheder, hvorpå appelkammeret ved Harmoniseringskontoret har støttet sin afgørelse, er almindeligt kendte forhold, er en bedømmelse af faktisk karakter, som ikke er undergivet Domstolens prøvelsesret under appelsagen, medmindre der er tale om en urigtig gengivelse (jf. Domstolens dom af 19.4.2007, sag C-273/05 P, KHIM mod Celltech, Sml. I, s. 2883, præmis 39 og 45 og den deri nævnte retspraksis; jf. Domstolens kendelse af 3.6.2009, sag C-394/08 P, Zipcar mod KHIM, ikke trykt i

Samling af Afgørelser, præmis 42 og den deri nævnte retspraksis). Retten finder det hensigtsmæssigt at overføre denne retspraksis ved Domstolen for det første til Sortsmyndighedens organer og for det andet til den retlige prøvelse, som Retten udøver i forhold til deres afgørelser.

150 I det foreliggende tilfælde har sagsøgeren begrænset sig til at drage appelkammerets konstatering i tvivl for så vidt angår den almindelige praksis med at tage stiklinger og anvendelsen heraf i den foreliggende sag uden at fremlægge det mindste indicium eller bevis i denne retning. Følgelig må det i mangel af bevis for det modsatte fastslås, at den nævnte konstatering er en velkendt faktisk omstændighed.

151 Sagsøgerens første klagepunkt må derfor forkastes som ugrundet, og derimod stadfæstes appelkammerets konstatering af, at den tekniske afprøvning i 1997 blev foretaget på stiklinger taget fra de planter, som intervenienten havde fremsendt.

152 Følgelig er det ikke nødvendigt at undersøge sagsøgerens andet klagepunkt, hvorved denne bebrejder appelkammeret, at det har foretaget usammenhængende konstateringer, der ikke er underbygget af beviser vedrørende den angiveligt manglende virkning i den foreliggende sag af behandlingen af planterne med vækstregulatorer. Dette klagepunkt er alene blevet fremsat, »for så vidt som den anfægtede afgørelse ikke fortolkes således, at også appelkammeret var af den opfattelse, at den tekniske afprøvning i 1997 var blevet foretaget på kemisk og mekanisk behandlede planter«, snarere end på stiklinger fra disse planter. Det følger imidlertid af ovenstående, at appelkammeret udelukkede et sådant faktuelt postulat.

153 Under alle omstændigheder er appelkammerets konstateringer i denne henseende i den anfægtede afgørelses punkt 4 i øvrigt baseret på komplekse vurderinger af videnskabelig eller teknisk karakter, med hensyn til hvilke den retlige efterprøvelse bør begrænses til det åbenbart urigtige.

154 Under hensyntagen til den brede skønsmargen, som Sortsmyndigheden har i forhold til komplekse botaniske vurderinger, har sagsøgeren med sine argumenter ikke formået at påvise, at de nævnte konstateringer og vurderinger er åbenbart urigtige.

155 Især hvad angår spørgsmålet om den kemiske behandling bemærkes det således, at når appelkammeret, som i henhold til gennemførelsesforordningens artikel 11, stk. 2, er sammensat af medlemmer med tekniske og juridiske kvalifikationer, i den anfægtede afgørelses punkt 4, har anført, at den type vækstregulatorer, der blev anvendt under formeringen, normalt ikke har nogen varig virkning, henset til, at den efterfølgende kontrol af plantens vækst kræver en yderligere sprøjtning med vækstregulatorer, har appelkammeret baseret dette skøn ikke alene på de oplysninger, som intervenienten har meddelt, og som af appelkammeret er betegnet som »overbevisende«, hvorefter vækstregulatorer alene anvendes i den indledende fase, og at deres virkninger forsvinder efter fire til seks uger, men også på den praktiske erfaring og tekniske ekspertise, som medlemmerne har opnået.

156 I det omfang sagsøgeren ønsker at drage tvivl om denne faktiske vurdering, påhviler det denne at fremlægge konkrete og underbyggede indikationer, som fastslår vurderingens åbenbare unøjagtighed under den foreliggende sags særlige omstændigheder.

157 Retten bemærker, at sagsøgeren på intet tidspunkt under de fire procedurer, som han har indledt ved Sortsmyndigheden og dennes appelkammer, lige så lidt som under sagens behandling for Retten, og tilsyneladende heller ikke under sagens behandling for Landgericht Düsseldorf, Oberlandesgericht Düsseldorf og Bundesgerichtshof, har fremlagt det mindste konkrete indicium eller bevis, der havde kunnet underbygge hans anbringender, herunder for så vidt angår den vedvarende virkning af vækstregulatorer.

158 For så vidt angår sagsøgerens øvrige argumenter, hvorved denne bebrejder appelkammeret, at det ikke har besvaret hans kritik vedrørende den manglende pålidelighed af den tekniske afprøvning af LEMON SYMPHONY i 1997, og som er anført på grund af udviklingen i den tekniske beskrivelse af denne sort

efter 2001, må disse forkastes som irrelevante, idet der dels allerede er givet medhold i, at den tekniske afprøvning under alle omstændigheder var blevet foretaget på et passende plantemateriale, dvs. stiklinger fra de planter, der af intervenienten var blevet sendt til Bundessortenamt, dels at sagsøgeren ikke har identificeret nogen anden sort, som LEMON SYMPHONY, selv om den blev beskrevet med stilkenes vækstform som værende »halvoprejst til horisontal«, i 1997 ikke ville have adskilt sig tydeligt fra. Denne vurdering tilslutter sig den principale argumentation, der er fremført af Sortsmyndigheden og intervenienten til imødegåelse af nærværende anbringende.

159 Selv hvis det antages, at den tekniske afprøvning i 1997, således som sagsøgeren har gjort gældende, ville have ført til en urigtig konklusion vedrørende udtrykket af kendetegnet »stilkenes vækstform«, og at det ville have været nødvendigt fra 1997 for dette kendetegn at tillægge LEMON SYMPHONY et andet udtryk end det, der blev anført i Bundessortenamts afprøvningsrapport fra det pågældende år, ville dette under sådanne omstændigheder nemlig ikke have haft nogen indflydelse på vurderingen af sortens selvstændighed i den betydning, hvori begrebet anvendes i forordningens artikel 7, idet denne selvstændighed ikke udelukkende, eller slet ikke, er blevet bestemt under henvisning til det nævnte kendetegn.

160 I denne henseende skal Retten dels bemærke, at den ændrede beskrivelse af LEMON SYMPHONY fra 2006 alene er forskellig fra den oprindelige beskrivelse fra 1997 hvad angår kendetegnet »stilkenes vækstform«, for hvilket det tillagte udtryk er gået fra »oprejst« (jf. præmis 12 ovenfor) til »halvoprejst til horisontal« (jf. præmis 25 ovenfor).

161 Dels bemærker Retten, at sagsøgeren ikke har godtgjort, at denne ændring har haft den konsekvens, at DUS-kriterierne ikke var opfyldt i 1997. Det følger heraf, at selv om LEMON SYMPHONY fra begyndelsen var blevet beskrevet som værende »halvoprejst til horisontal« i forhold til kendetegnet »stilkenes vækstform«, ville den være blevet meddelt EF-sortsbeskyttelse.

162 Sagsøgeren har under sagens behandling for appelkammeret gjort gældende, at hvis afprøvningen af SUMOST 01 med henblik på den sammenlignende afprøvning var blevet foretaget under anvendelse af den oprindelige beskrivelse af LEMON SYMPHONY, ville de to sorter være blevet anset for tydeligt adskilt (jf. den anfægtede afgørelse A 007/2007, s. 2). Denne opfattelse blev imidlertid udtrykkeligt forkastet af appelkammeret, der i den anfægtede afgørelse bemærkede, at »afprøvningsproceduren ikke ville have ført til et andet resultat, selv om Sortsmyndigheden ikke straks havde tilpasset og registreret beskrivelsen af sorten […]« [The test procedure would not have taken a different course if the Office had not immediately adapted and registered the variety description […]] Endvidere har sagsøgeren ikke under nærværende sag specifikt anfægtet denne vurdering.

163 Under alle omstændigheder kan sagsøgerens argumenter af teknisk karakter ikke tages til følge, henset til de betragtninger af samme karakter, der er givet udtryk for i den anfægtede afgørelse, og som er underlagt en begrænset prøvelse, samt henset til Sortsmyndighedens og intervenientens modargumenter.

164 Især synes den omstændighed ikke afgørende, at det plantemateriale, der af intervenienten blev sendt til Bundessortenamt, ikke opfyldte de krav, der blev stillet af denne sortsmyndighed i skrivelsen af 6. november 1996. Den nævnte sortsmyndighed har nemlig oplyst, at den tekniske afprøvning risikerede at blive påvirket, men ikke at den var blevet urealiserbar. Som intervenienten med rette har bemærket, henhører det under den kompetente nationale sortsmyndigheds skønsbeføjelse i forbindelse med den tekniske afprøvning at undersøge og afgøre, om det fremsendte plantemateriale rent faktisk er uanvendeligt eller, om teknikken med at tage stiklinger som i den foreliggende sag gør det muligt at mindske de mangler, det oprindeligt var behæftet med.

165 I øvrigt er det eneste omtvistede spørgsmål, der i princippet er underlagt fuld retlig prøvelse ved Retten, således som sagsøgeren med rette har anført, spørgsmålet om de udtryk, der kan tillægges kendetegnet »stilkenes vækstform«, skal bestemmes efter relative eller absolutte kriterier. Dette spørgsmål kræver nemlig lingvistisk kendskab snarere end botanisk.

166 I forbindelse med udøvelsen af denne prøvelse skal det imidlertid fastslås, at i modsætning til det, sagsøgeren har anført, er kendetegnet »stilkenes vækstform«, hvis udtryk ifølge de vejledende afprøvningsprincipper går fra »oprejst« til »hængende« over »halvoprejst« og »horisontal« samt mellemliggende nuancer – bortset fra ekstreme tilfælde – ikke et »absolut« kendetegn, der kan bestemmes fuldstændigt objektivt ved blot at måle stænglernes hældningsvinkel, men et kendetegn, der på grund af sit konkrete udtryk i givet fald kan gøres til genstand for en sammenlignende vurdering mellem sorter af samme art, således som det klart fremgår af Bundessortenamts dokument af 18. maj 2005 vedlagt som bilag A 27 til stævningen i sag T-177/08.

167 Ifølge Bundessortenamt var betegnelsen af LEMON SYMPHONY i 1997 med udtrykket »oprejst« med hensyn til beskrivelsen af kendetegnet »stilkenes vækstform« et resultat af sammenligningen af denne sort med de referencesorter, der blev forsøgsdyrket, og af den konstatering, at LEMON SYMPHONY var »den mest oprejste« blandt de sorter, der havde været genstand for årets forsøg. Forøgelsen af antallet af sorter af arten *Osteospermum ecklonis* og ændringen af de vejledende afprøvningsprincipper har efterfølgende bragt Bundessortenamt til at foreslå en tilpasning af denne beskrivelse ved at betegne udtrykket som »halvoprejst til horisontal«. Imidlertid forblev LEMON SYMPHONY uændret mellem 1997 og 2005. Der er ikke tale om en materiel ændring af beskrivelsen af sortens identitet, men om en simpel ændring af den ordlyd, der oprindelig blev valgt, og som ikke ændrer sortens identitet, men blot gør det muligt at beskrive den bedre, især i forhold til at adskille den fra andre af artens sorter.

168 Retten finder, at disse udredninger er tilstrækkeligt udførlige og overbevisende til på forsvarlig grund at modsætte sig forsøget på tilbagevisning i sagsøgerens argumentation.

169 Endvidere bekræfter de fotografier, der er blevet anvendt såvel for de tyske civile domstole som under proceduren ved Sortsmyndigheden (jf. præmis 28 ovenfor) – i det mindste set med en lægmands øjne – at LEMON SYMPHONY's stilkes vækstform ikke har ændret sig mærkbart mellem 1997 og 2005.

170 På grundlag af de ovenstående betragtninger skal det første anbringende forkastes som værende delvist ugrundet og delvist irrelevant.

Det andet anbringende vedrørende tilsidesættelse af forordningens artikel 20, sammenholdt med dennes artikel 7

– Parternes argumenter

171 Sagsøgeren har bebrejdet appelkammeret, at det gav afslag på hans klage alene af den grund, således som anført i den anfægtede afgørelses punkt 7 (s. 9), at han »ikke havde nævnt navnet på en eneste sort, der på tidspunktet for ugyldighedsbegæringen ikke adskilte sig fra LEMON SYMPHONY, hvilket imidlertid netop udgør kravet i forordningens artikel 20, stk. 1«. Hermed tilsidesatte appelkammeret rækkevidden af bestemmelserne i forordningens artikel 7 og 20.

172 Henset til, at man ifølge sagsøgeren med henblik på anvendelse af forordningens artikel 20, stk. 1, litra a), skal basere sig på den beskyttede sort i den form, der er defineret i den officielle beskrivelse, bør sortsbeskyttelsen erklæres for ugyldig, hvis og i det omfang Sortsmyndigheden fastslår, at den beskyttede sort ikke er blevet beskrevet på grundlag af forekomsten af kendetegn, der skyldes sortens genotype, men på grundlag af kendetegn, der skyldes en kemisk eller mekanisk behandling. Det skal derefter fastslås, at sorten som først beskrevet aldrig har eksisteret. Dette var netop tilfældet i den foreliggende sag.

173 Sortsmyndigheden og intervenienten har anfægtet denne argumentation.

– Rettens bemærkninger

174 Nærværende anbringende bygger på den forudsætning, hvorefter sorten LEMON SYMPHONY i 1997 »ikke er blevet beskrevet på grundlag af forekomsten af kendetegn, der skyldes sortens genotype, men på grundlag af kendetegn, der skyldes en kemisk eller mekanisk behandling«.

175 Idet denne forudsætning allerede i forbindelse med undersøgelsen af det første anbringende blev forkastet som ugrundet, kan nærværende anbringende derfor også kun forkastes.

Det tredje anbringende vedrørende tilsidesættelse af forordningens artikel 75

– Parternes argumenter

176 Sagsøgeren har gjort gældende, at appelkammeret har støttet sin afgørelse på grunde, som sagsøgeren ikke har haft mulighed for at tage stilling til, hverken mundtligt eller skriftligt, inden vedtagelsen af afgørelsen. Han har tilføjet at disse procedurefejl har haft afgørende indflydelse på appelkammerets vurdering.

177 Det drejer sig angiveligt om begrundelsen vedrørende den »praksis« med anvendelse af stiklinger til den sammenlignende afprøvning, der angiveligt skulle være »almindelig«, den angiveligt manglende varige virkning af den type vækstregulator, der var blevet anvendt i forbindelse med formeringen af LEMON SYMPHONY-planterne med henblik på den tekniske afprøvning, konstateringen af, at den japanske rapport, der indgår i sagsakterne, viser, at de anvendte referencesorter var af arten *Dimorphoteca*, og konstateringen af, at Bundessortenamt i 1997 ikke havde været i stand til at finde referencesorter, som den nævnte sort kunne være blevet sammenlignet med.

178 Sortsmyndigheden og intervenienten har anfægtet denne argumentation.

– Rettens bemærkninger

179 I henhold til forordningens artikel 75 skal Sortsmyndigheden begrunde sine afgørelser, og de må kun støttes på grunde og bevismateriale, som parterne i sagen har haft lejlighed til at udtale sig om mundtligt eller skriftligt.

180 Overholdelsen af retten til forsvar, der er et almindeligt princip inden for EU-retten, og som forordningens artikel 75 tilsigter at sikre Sortsmyndighedens anvendelse af, indebærer generelt, at parterne i en sag har haft lejlighed til at udtale sig om de omstændigheder og dokumenter, der ligger til grund for en retsafgørelse, og til at udtale sig om de beviser og indlæg, der er indgivet til retsinstansen, samt om de anbringender, hvorpå denne agter at støtte sin afgørelse. Med henblik på at opfylde de krav, der er forbundet med retten til en retfærdig rettergang, er det vigtigt, at parterne kan drøfte såvel de faktiske som de retlige omstændigheder, der er afgørende for sagens udfald (jf. Domstolens dom af 17.12.2009, sag C-197/09 RX-II, M mod EMEA, Sml. I, s. 12033, præmis 41 og den deri nævnte retspraksis).

181 Denne ret skal med andre forstås således, at den sikrer, at parterne ikke præsenteres for en fuldstændig uventet retlig afgørelse. Det betyder imidlertid ikke, at retsinstansen skal give parterne en ret til at blive hørt om hvert eneste punkt i dens retlige vurdering forud for afsigelsen af dommen (Rettens dom af 12.5.2010, sag T-491/08 P, Bui Van mod Kommissionen, præmis 85).

182 Hvad angår begrundelsen om den »almindelige praksis« for anvendelse af stiklinger til den sammenlignende afprøvning er det allerede i forbindelse med undersøgelsen af det første anbringende anført, at den vedrører konstateringen af en velkendt faktisk omstændighed. Idet Sortsmyndighedens organer ikke er forpligtet til i deres afgørelser at godtgøre korrektheden af sådanne faktiske omstændigheder, kan sagsøgerens ret til forsvar ikke være blevet tilsidesat alene på grund af en sådan konstatering, selv om spørgsmålet ikke er blevet drøftet skriftligt eller i forhandlingsmødet for appelkammeret.

183 Under alle omstændigheder er sagsøgeren ikke troværdig, når denne hævder ikke at kende til eksistensen af en sådan praksis, som både Sortsmyndigheden og intervenienten har medgivet at have kendskab til. Sagsøgeren havde således selv i såvel klagen over afgørelsen vedrørende ugyldighedsbegæringen, der blev indgivet til appelkammeret den 19. oktober 2007, som i det yderligere processkrift af 12. januar 2009 givet udtryk for muligheden for, at der var taget stiklinger af de af intervenienten fremsendte planter, og at disse stiklinger efterfølgende var blevet anvendt i forbindelse med den tekniske afprøvning (jf. præmis 72 og 74 ovenfor).

184 Endvidere er nærværende anbringende irrelevant, i det omfang det er rettet mod den anfægtede afgørelses øvrige begrundelser, der er anført af sagsøgeren. Disse andre begrundelser har nemlig supplerende karakter i appelkammerets vurdering, således som dette fremgår af undersøgelsen af det første anbringende. Følgelig vil den hævdede tilsidesættelse af retten til forsvar i forhold til de anførte begrundelser ikke medføre annullation af den anfægtede afgørelse, selv om en sådan tilsidesættelse skulle blive fastslået.

185 Det tredje anbringende skal derfor forkastes som værende delvist ugrundet og delvist irrelevant.

Det fjerde anbringende vedrørende tilsidesættelse af gennemførelsesforordningens artikel 63, stk. 1 og 2

– Parternes argumenter

186 Sagsøgeren har gjort gældende, at dennes rettigheder i medfør af gennemførelsesforordningens artikel 63 under forhandlingsmødet for appelkammeret den 23. januar 2009 og i referatet fra dette forhandlingsmøde (bilag K 12 til stævningen) er blevet »massivt tilsidesat«. Ingen af parterne i sagen har kunnet høre referatet læst højt, og dette er følgelig ikke blevet godkendt af nogen af dem. Endvidere indeholder referatet adskillige unøjagtigheder. Parternes erklæringer i sagen, herunder Mennes, som støttede sagsøgeren, er ikke gengivet i referatet, hvilket har gjort påberåbelsen af hans rettigheder betydeligt vanskeligere. Sagsøgeren har endvidere henvist til sit skriftlige indlæg til appelkammeret af 30. marts 2009, gengivet i præmis 77 ovenfor.

187 Sortsmyndigheden og intervenienten har anfægtet denne argumentation.

188 Idet intervenienten i særdeleshed har gjort gældende, at referatet var blevet oplæst, idet formanden for appelkammeret under forhandlingsmødet havde dikteret det til et optageapparat, har sagsøgeren i tillid til sin advokats personlige erklæring repliceret, at denne hævdelse vedrørende registreringen af referatet fra forhandlingsmødet og dets oplæsning for parterne er ukorrekt. Sagsøgeren har tilbudt at fremlægge bevis herfor i retsmødet i form af vidneudsagn fra formanden for appelkammeret og præsidenten for Sortsmyndigheden.

– Rettens bemærkninger

189 Gennemførelsesforordningens artikel 63, stk. 1 og 2, er sålydende:

»1. Ved mundtlig forhandling og bevisoptagelse udfærdiges et referat, der skal indeholde de væsentlige punkter i den mundtlige forhandling eller bevisoptagelsen, sagsparternes relevante erklæringer, de af sagens parter, vidner eller sagkyndige afgivne forklaringer samt resultatet af enhver besigtigelse.

2. Referatet af et vidnes, en sagkyndigs eller en sagsparts forklaring oplæses for den pågældende eller forelægges ham til gennemsyn. Det noteres i referatet, at dette har fundet sted, og at referatet er godkendt af den person, der har afgivet forklaringen. Godkendes referatet ikke, noteres den pågældendes indvendinger.«

190 Den vigtigste funktion af referatet af forhandlingsmødet (og i givet fald den bevisoptagelse, der ledsager det) enten for Retten eller for et domstolslignende organ som Sortsmyndighedens appelkammer er at gengive de »væsentligste« punkter (gennemførelsesforordningens artikel 63, stk. 1) i den mundtlige forhandling og bevisoptagelsen. Der er således ikke tale om en gengivelse af forhandlingsmødet eller en udtømmende rapport fra dette, hvori gengives detaljer fra de drøftelser, der fandt sted.

191 Det er endvidere kutyme ved Unionens retsinstanser, at sagsparters »relevante« erklæringer, dvs. dem, der vil kunne få indflydelse på udfaldet af sagen (herunder frafald af en påstand, fastsættelse af beløbsstørrelsen af et krav, tilståelsen af en relevant omstændighed eller påberåbelsen af et nyt argument eller en ny omstændighed) indskrives af justitssekretæren i referatet fra retsmødet, enten ex officio eller efter dommerens eller en parts anmodning herom.

192 Det er i lyset af disse generelle betragtninger, at sagsøgerens forskellige klagepunkter skal undersøges.

193 Hvad angår for det første klagepunktet vedrørende den angiveligt manglende oplæsning af referatet og følgelig dettes manglende godkendelse af parterne, er det tilstrækkeligt at fastslå, at der ikke i den foreliggende sag er afgivet forklaring af »et vidne[…], en sagkyndig[…] eller en sagspart[…]« som omhandlet i gennemførelsesforordningens artikel 63, stk. 2, hvorfor det ikke har været nødvendigt at foretage en oplæsning af referatet, eller at dette godkendes af »den person, der har afgivet forklaringen«. Sagsøgerens argumenter, der støttes på undladelsen af disse formaliteter, skal således forkastes som værende uden relevans.

194 Hvad angår for det andet klagepunktet vedrørende de angiveligt »adskillige unøjagtigheder i referatet« bør dette uden videre forkastes, idet sagsøgeren ikke har identificeret dem. For så vidt som dette klagepunkt imidlertid er sammenfaldende med dem, der er formuleret i sagsøgerens skrivelse til appelkammeret af 30. marts 2009 og gentaget i stævningen i sag T-242/09, henvises til præmis 196 nedenfor.

195 Hvad angår for det tredje klagepunktet vedrørende den manglende omtale i referatet af sagens parters væsentligste erklæringer, herunder Mennes til støtte for sagsøgeren, skal dette ligeledes forkastes, idet det mangler den mest grundlæggende præcisering. Hvis sagsøgeren imidlertid dermed mener den erklæring, hvorved Menne oplyste ikke længere at erindre, om den tekniske afprøvning af LEMON SYMPHONY i 1997 var blevet foretaget på de planter, intervenienten havde sendt til Bundessortenamt, eller på stiklinger fra disse, skal klagepunktet ligeledes forkastes, idet den anfægtede afgørelse, der forudsætningsvis fastslår, at den tekniske afprøvning i 1997 var blevet foretaget på stiklinger, ligeledes i det væsentlige havde taget begge muligheder i betragtning for under alle omstændigheder at fastslå den tekniske afprøvnings forskriftsmæssighed. På det grundlag kan Mennes erklæring således ikke kvalificeres som væsentlig.

196 Hvad angår for det fjerde klagepunkterne i sagsøgerens skrivelse af 30. marts 2009, således som gentaget i stævningen og gengivet i præmis 77 ovenfor, skal følgende tilføjes:

— Klagepunktet vedrørende den angiveligt »upræcise fremstilling af den angivelige aftale mellem [Sortsmyndigheden] og Bundessortenamt« vedrørende især Mennes deltagelse som intern teknisk sagkyndig i forhandlingsmødet og ansat ved Sortsmyndigheden har ingen relevans, idet sagsøgeren i forbindelse med den foreliggende sag (og til forskel fra sagerne T-133/08, T-134/08 og T-177/08) ikke har gjort noget anbringende gældende til støtte for annullation på grund af denne deltagelse.

— Klagepunktet vedrørende udeladelsen i referatet af »de oplysninger, der blev afgivet af Menne« i forhandlingsmødet, sammenblandes for så vidt angår punkt 3, litra a), i sagsøgerens skrivelse af 30. marts 2009 med det klagepunkt, der blev undersøgt i præmis 195 ovenfor. Dette bør i øvrigt forkastes for så vidt angår punkt 3, litra b) og c), i den nævnte skrivelse, idet det mangler enhver formulering, der kan forstås i sammenhæng med nærværende doms anbringender og argumenter.

— Klagepunktet vedrørende udeladelsen i referatet af »sagsøgerens tilbud om beviser«, der blev afgivet i forhandlingsmødet, skal forkastes af de grunde, der allerede er anført i præmis 136-140 ovenfor.

— Klagepunktet vedrørende »andre unøjagtigheder og udeladelser« sammenblandes for så vidt angår punkt 5, litra a), i sagsøgerens skrivelse af 30. marts 2009, med det klagepunkt, der blev anført i første led ovenfor. Dette bør i øvrigt forkastes for så vidt angår punkt 5, litra b), i den nævnte skrivelse, idet det mangler enhver formulering, der kan forstås i sammenhæng med nærværende doms anbringender og argumenter.

197 Det fjerde anbringende må derfor forkastes som ugrundet.

Påstandene vedrørende realiteten i sag T-242/09

198 Det følger af ovenstående betragtninger, at der skal ske frifindelse i sag T-242/09, uden at det derved er nødvendigt, at Retten træffer afgørelse vedrørende sagsøgerens anmodninger om foranstaltninger med henblik på sagens tilrettelæggelse (jf. præmis 94 ovenfor).

Sag T-133/08, T-134/08 og T-177/08

Sagernes realitet

Generel redegørelse for sagernes anbringender

199 Sagsøgeren har til støtte for sag T-133/08 gjort fem anbringender gældende vedrørende henholdsvis tilsidesættelse af gennemførelsesforordningens artikel 59, stk. 2, tilsidesættelse af forordningens artikel 75, tilsidesættelse af forordningens artikel 71, stk. 1, sammenholdt med dennes artikel 68, tilsidesættelse af forordningens artikel 73 og artikel 230 EF samt endelig tilsidesættelse af forordningens artikel 48.

200 Sagsøgeren har til støtte for sag T-134/08 fremsat fire anbringender vedrørende henholdsvis tilsidesættelse af gennemførelsesforordningens artikel 59, stk. 2, tilsidesættelse af forordningens artikel 71, stk. 1, sammenholdt med dennes artikel 21, 67 og 68, tilsidesættelse af forordningens artikel 73 og artikel 230 EF samt endelig tilsidesættelse af forordningens artikel 48.

201 Sagsøgeren har til støtte for sag T-177/08 fremsat seks anbringender vedrørende henholdsvis tilsidesættelse af gennemførelsesforordningens artikel 59, stk. 2, tilsidesættelse af forordningens artikel 75, tilsidesættelse af forordningens artikel 81, stk. 2, sammenholdt med dennes artikel 48, tilsidesættelse af gennemførelsesforordningens artikel 60, tilsidesættelse af forordningens artikel 62 og endelig tilsidesættelse af forordningens artikel 48. Det nye anbringende, der blev indgivet ved særskilt dokument af 25. februar 2009 (jf. præmis 83 ovenfor), vedrører det tredje af de nævnte anbringender og vil i givet fald blive undersøgt sammen med dette.

202 Det for de tre sager fælles anbringende vedrørende tilsidesættelse af gennemførelsesforordningens artikel 59, stk. 2, og retten til at blive hørt skal undersøges først.

Om det for de tre sager fælles anbringende vedrørende tilsidesættelse af gennemførelsesforordningens artikel 59, stk. 2, og retten til at blive hørt

– Parternes argumenter

203 Sagsøgeren har gjort gældende, at de tre anfægtede afgørelser er blevet vedtaget under tilsidesættelse af dennes ret til at blive hørt og af gennemførelsesforordningens artikel 59, stk. 2, idet den mundtlige procedure blev afviklet den 4. december 2007 under et forhandlingsmøde, som han ikke var blevet indkaldt til forskriftsmæssigt, og som han af legitime grunde havde afslået at deltage i.

204 Ifølge Sortsmyndigheden kan sagsøgeren ikke argumentere med den omstændighed, at han først modtog indkaldelsen den 6. november 2007, idet datoen for det fastsatte forhandlingsmøde var blevet aftalt med ham forud herfor, og han havde ikke sagt fra inden for den frist, han havde fået hertil i forbindelse med forberedelsen af den mundtlige forhandling.

205 Sortsmyndigheden har for det første påpeget, at gennemførelsesforordningens artikel 59, stk. 1, ikke er til hinder for, at appelkammeret og parterne i sagen aftaler datoen for den mundtlige forhandling. Denne fremgangsmåde er endvidere hensigtsmæssig af hensyn til det store antal personer, der er involveret i sagen, og på grund af kortheden af mindstefristen på en måned fastsat i denne bestemmelse.

206 Sortsmyndigheden har for det andet gjort gældende, at således som det fremgår af e-mailen af 20. september 2007 fra appelkammerets sekretariat til dettes formand, var datoen for forhandlingsmødet allerede aftalt på det tidspunkt, hvorfor telefaxen af 9. oktober 2007 fra appelkammeret til parterne alene kan betegnes som en skriftlig bekræftelse af aftalen. Den parterne i denne telefax pålagte frist, der udløb den 19. oktober 2007, var ikke en frist med henblik på at give tilsagn, men en frist med henblik på at afgive indsigelse mod afholdelse af forhandlingsmødet alene baseret på begrundelser for at være forhindret i at deltage på den fastsatte dato. Sagsøgerens skrivelse af 19. oktober 2007 indeholdt imidlertid intet argument, der gjorde det muligt at identificere sådanne indsigelser.

207 Sortsmyndigheden har for det tredje gjort gældende, at appelkammerets formands bemærkninger i e-mail af 17. oktober og 5. november 2007 vedrørende betaling af afgifter i sag A 007/2007 ikke betød, at der blev rejst tvivl om den aftalte dato.

208 I tilfælde af at Retten ikke følger Sortsmyndighedens opfattelse af, at der allerede i oktober 2007 forelå en aftalt dato, har Sortsmyndigheden for det fjerde gjort gældende, at aftalen skal forstås således, at parterne i sagen var indforstået med en kortere frist, således som omhandlet i gennemførelsesforordningens artikel 59, stk. 1.

209 Under alle omstændigheder har Sortsmyndigheden for det femte gjort gældende, at meningen og formålet med fristen for at give møde, som er at gøre det muligt for parterne at træffe passende foranstaltninger med henblik på deres deltagelse i den mundtlige forhandling og give dem tilstrækkelig tid til at forberede sig, er blevet overholdt i den foreliggende sag. Endvidere er den omstændighed, at indkaldelsesfristen på mindst en måned alene manglede to dage i at være overholdt, en »bagatel«, som sagsøgeren ikke kan påberåbe sig med hensyn til forhistorien. En sådan »manøvre« burde endda betegnes som utilladelig, henset til de omstændigheder, der er gået forud for indkaldelsen. Endelig har Sortsmyndigheden betegnet den angivelige procedurefejl som »ubetydelig« og har påberåbt sig retspraksis, hvorefter en sagsøger savner retlig interesse i annullation af en afgørelse på grund af procedurefejl i et tilfælde, hvor myndigheden alene kan træffe en ny identisk afgørelse (Domstolens dom af 6.7.1983, sag 117/81, Geist mod Kommissionen, Sml. s. 2191, præmis 7). Dette gør sig gældende i den foreliggende sag, idet appelkammerets afgørelse ifølge Sortsmyndigheden materielt var korrekt.

210 Endelig hvad angår indkaldelsen af sagsøgerens advokat til Landgericht Hamburg den 5. december 2007 har Sortsmyndigheden gjort gældende, at den ligger efter den aftale, der blev indgået i den foreliggende sag, og har tilføjet, at den pågældende havde kunnet give møde i Angers den 4. december og i Hamburg den 5.

211 Ifølge intervenienten var det eneste formål med indkaldelsen af 9. oktober 2007 at fastlægge en dato med parterne, efter at formanden for appelkammeret telefonisk hos deres advokater havde sikret sig, at denne dato var en mulighed. Sagsøgeren havde i begyndelsen ikke afgivet nogen indsigelse over for denne indkaldelse, og han burde derfor være gået ud fra, at forhandlingsmødet ville finde sted på den aftalte dato. Endvidere viser henvisningen til gennemførelsesforordningens artikel 59, stk. 2, i meddelelsen af 9. oktober 2007 klart, at denne skulle have bindende virkning.

212 Intervenienten er endvidere af den opfattelse, at appelkammeret ikke var forpligtet til at tage hensyn til de af sagsøgeren anførte indsigelser i dennes skrivelse af 19. oktober 2007, idet disse ikke vedrørte en begrundelse for at være forhindret på datoen for forhandlingsmødet som sådan, men alene spørgsmålet om, hvorvidt sagens status begrundede afholdelse af en mundtlig forhandling i begyndelsen af december måned. Afgørelsen af dette spørgsmål henhører imidlertid under appelkammerets skønsbeføjelse.

213 For så vidt angår sagsøgerens argument vedrørende hans advokats indkaldelse for Landgericht Hamburg finder intervenienten det ikke relevant, idet datoen for forhandlingsmødet for appelkammeret var aftalt forinden. Den nævnte advokat burde derfor have anmodet om udsættelse af retsmødet ved den tyske ret, såfremt han var i tvivl om sin evne til at være tilstrækkeligt forberedt til dette møde på grund af forhandlingsmødet for appelkammeret.

214 Hvad angår især sagsøgerens søgsmålskompetence i sag T-133/08, er det intervenientens opfattelse, at dette spørgsmål tydeligt var blevet behandlet i appelkammerets formands skrivelser.

215 Endelig har intervenienten i sin duplik påpeget, således som det fremgår af gennemførelsesforordningens artikel 59, stk. 1, andet punktum, at hvis det er muligt at aftale en kortere frist for at give møde, bør det samme princip så meget desto mere gælde for en forhandlingsmødedato, der er fastsat lang tid inden fristen på en måned begynder at løbe. Fastsættelsen af en sådan dato er i øvrigt i overensstemmelse med de underliggende principper for kravet om indkaldelse, dvs. at sikre en retmæssig og retfærdig procedure.

– Rettens bemærkninger

216 Gennemførelsesforordningens artikel 59 fastsætter:

»1. Sagens parter indkaldes til mundtlig forhandling i henhold til […]forordningens artikel 77, og deres opmærksomhed henledes på stk. 2 i nærværende artikel. Ved indkaldelse af sagens parter er indkaldelsesfristen på mindst en måned, medmindre sagens parter og [S]ortsmyndigheden er indforstået med en kortere frist.

2. Hvis en part i sagen, som forskriftsmæssigt er blevet indkaldt til mundtlig forhandling ved [S]ortsmyndigheden, ikke giver møde, kan forhandlingen fortsættes uden vedkommende.«

217 I det foreliggende tilfælde har hverken Sortsmyndigheden eller intervenienten bestridt – og appelkammeret har i øvrigt i de tre anfægtede afgørelser udtrykkeligt anerkendt – at indkaldelsesfristen på mindst en måned i gennemførelsesforordningens artikel 59, stk. 1, andet punktum, ikke var blevet overholdt, idet indkaldelsen til forhandlingsmødet den 4. december 2007 først blev meddelt sagsøgeren den 6. november 2007.

218 Under hensyntagen til overskriften og selve ordlyden kan appelkammerets telefax af 9. oktober 2007 under ingen omstændigheder anses for at opfylde kravene til en indkaldelse af sagsøgeren i korrekt og behørig form og inden for den fastsatte frist, så meget desto mere som den ikke var udformet på processproget, og den ikke blev meddelt modtageren i overensstemmelse med de relevante bestemmelser herom i gennemførelsesforordningens artikel 64 ff., dvs. ved anbefalet brev med kvittering for modtagelsen. Endvidere oplyser denne telefax, at appelkammeret »har til hensigt« (intends to) at indkalde parterne til den mundtlige forhandling på en nærmere bestemt dato.

219 Det eneste omtvistede spørgsmål er derfor, om den manglende overholdelse af minimumsfristen på en måned udgør en væsentlig procedurefejl, der kan begrunde annullation af de tre anfægtede afgørelser.

220 I denne henseende skal først foretages gennemgang af de to begrundelser, der er fremført af appelkammeret i hver af de tre anfægtede afgørelser med henblik på at begrunde fastsættelsen af datoen for forhandlingsmødet til den 4. december 2007, dvs. inden for en frist, der er kortere end indkaldelsesfristen på mindst en måned, således som fastsat i gennemførelsesforordningens artikel 59, stk. 1, til trods for sagsøgerens advokats indsigelser i dennes skrivelser af 20. september, 19. oktober, 5., 14. og 29. november 2007.

221 Hvad angår for det første begrundelsen om, at sagsøgeren skriftligt den 9. oktober 2007 havde accepteret den dato for forhandlingsmødet, der var blevet foreslået af appelkammeret, er det korrekt, at det i overensstemmelse med gennemførelsesforordningens artikel 59, stk. 1, andet punktum, er muligt for parterne at aftale en kortere frist med Sortsmyndigheden end den indkaldelsesfrist på en måned, der ellers er fastsat i samme bestemmelse.

222 Det er endvidere nødvendigt, at parternes aftale om en kortere frist er fast, idet der ellers i modsat fald ville kunne ske en tilsidesættelse af retssikkerhedsprincippet. En sådan aftale må således ikke kun kunne formodes eller forudsætningsvis udledes af et sammenfald af visse uklare og tvetydige omstændigheder.

223 Sagsøgerens aftale om den 4. december 2007 kan i det foreliggende tilfælde, således som påstået, ikke udledes af dennes advokats tilbagesendelse af den undertegnede telefax af 9. oktober 2007 med »kvittering for modtagelsen«. Pr. definition begrænser en kvittering for modtagelsen sig nemlig til at udgøre et bevis for modtagelsen af et dokument. Den udtrykker som sådan ikke nogen hensigt, der vil kunne bidrage til indgåelsen af en aftale mellem parter.

224 I modsætning til hvad Sortsmyndigheden har gjort gældende i sine skriftlige indlæg, kan parternes aftale om den 4. december 2007 heller ikke udledes af den e-mail, der af appelkammerets sekretariat den 20. september 2007 blev sendt til dettes formand (jf. præmis 47 ovenfor og dokument vedhæftet som bilag 11 til svarskriftet). Ud over den omstændighed, at en sådan e-mail, der er en intern e-mail i Sortsmyndigheden, ikke kan påberåbes over for sagsøgeren i tilfælde af dennes indsigelse, er dens ordlyd alene udtryk for de indledende kontakter med de berørte for så vidt angår fastlæggelsen af en dato for forhandlingsmødet, »der vil kunne passe alle de berørte parter«, hvilket kun syntes »muligt« i løbet af den første uge af december 2007. Denne ordlyd afslører således ikke, at der allerede den 20. september 2007 skulle være indgået en aftale mellem parterne om den dato, der skulle fastlægges for forhandlingsmødet. Endvidere har sagsøgerens advokat ved skrivelse den samme dag til appelkammeret (jf. præmis 48 ovenfor og bilag 7 til stævningen i sag T-133/08), der blev sendt netop som reaktion på disse sonderende telefoniske kontakter, formuleret principielle indsigelser mod afholdelse af et forhandlingsmøde i sagerne A 005/2007 og A 006/2007, indtil Sortsmyndigheden ligeledes havde truffet afgørelse i sag A 010/2007. Disse indsigelser blev gentaget ved skrivelse af 19. oktober 2007.

225 Hvad angår for det andet begrundelsen om, at sagsøgeren ikke havde gjort brug af den mulighed, der var tilbudt ham, for inden for ti dage, der udløb den 19. oktober 2007, skriftligt at gøre gældende, baseret på en begrundet indsigelse, at han ikke kunne deltage i forhandlingsmødet den 4. december

2007, skal det bemærkes, at telefaxen af 9. oktober 2007 oplyste følgende: »Med mindre sekretariatet for Sortsmyndighedens appelkammer inden ti dage fra datoen for denne telefax fra Dem modtager begrundede indsigelser, vil det blive antaget, at den foreslåede dag kan godtages, og der vil blive sendt indkaldelser på det grundlag.«

226 Af de allerede ovenfor anførte grunde, der indgår i indsigelsesskrivelsen af 20. september 2007 (en skrivelse, der først blev besvaret den 17. oktober 2007), var det imidlertid ikke muligt at ophøje sagsøgerens manglende reaktion på telefaxen af 9. oktober 2007 til en formodning om en forudsætningsvis eller stiltiende accept af den dato, der var anført i den nævnte telefax.

227 I øvrigt var appelkammerets formand fuldt ud bekendt med sagsøgerens begrundede principielle indsigelse mod afholdelsen af forhandlingsmødet den 4. december 2007, hvilket fremgår af dennes skrivelse af 17. oktober 2007 til sagsøgerens advokat, og som med henblik på besvarelse af skrivelsen af 20. september 2007 oplyste advokaten om, at »sagsøgerens anmodning af 20. september 2007 om udsættelse af datoen for forhandlingsmødet i de tre sager [ikke var] blevet tiltrådt af appelkammeret«.

228 Endvidere bemærkes, at det ligeledes var den 19. oktober 2007, at sagsøgeren påklagede afgørelsen om ugyldighedsbegæringen til appelkammeret. Dette forhold, der udgør en ny og vigtig omstændighed med henblik på en hensigtsmæssig afvikling af de forskellige sager for det nævnte appelkammer, såvel som ordlyden af sagsøgerens advokats skrivelse af samme dato til appelkammerets formand, hvori han anførte begrundelsen for, hvorfor han fandt, at der først burde træffes afgørelse i spørgsmålet om ugyldighed, hvorefter det ikke gav mening at afholde et forhandlingsmøde inden årets udgang i de øvrige sager, er ligeledes af en beskaffenhed, der afkræfter formodningen for godtagelse af datoen den 4. december 2007.

229 I en sådan sammenhæng, hvor der er rejst udtrykkelig og principiel indsigelse mod afholdelsen af et forhandlingsmøde i blot de tre første sager, kunne appelkammeret ikke med rette »antage«, at sagsøgeren godtog, at der blev afholdt et forhandlingsmøde i slutningen af 2007 og endnu mindre med en frist, der var kortere end minimumsfristen på en måned, således som fastsat i gennemførelsesforordningens artikel 59, stk. 1, med den begrundelse, at han ikke havde reageret inden for ti dage fra afsendelsen af telefaxen den 9. oktober 2007.

230 Retten konkluderer således efter undersøgelsen af de to begrundelser, der er fremført af appelkammeret, at disse ikke gør det muligt med rette at fastslå, at sagsøgeren har godtaget en indkaldelsesfrist, der var kortere end minimumsfristen på en måned, som fastsat i gennemførelsesforordningens artikel 59, stk. 1.

231 Da denne minimumsfrist for indkaldelsen ikke er blevet overholdt, må det fastslås, at sagsøgeren ikke er blevet indkaldt forskriftsmæssigt til den mundtlige forhandling for appelkammeret.

232 Det forhold, at sagsøgeren ikke gav møde ved dette forhandlingsmøde, berettigede således ikke appelkammeret til at fortsætte forhandlingen uden sagsøgeren. Det følger nemlig af gennemførelsesforordningens artikel 59, stk. 2, at forhandlingen alene kan fortsættes uden en part, såfremt den pågældende, der ikke har givet møde, er blevet »forskriftsmæssigt« indkaldt.

233 Anbringendet i de tre sager vedrørende tilsidesættelse af denne bestemmelse og retten til at blive hørt er derfor begrundet og kan medføre annullation af de tre anfægtede afgørelser.

234 Ingen af de argumenter, Sortsmyndigheden og intervenienten har fremført, kan rejse tvivl om denne konklusion.

235 Hvad for det første angår argumentet om, at meningen og formålet med fristen for at give møde er blevet overholdt i den foreliggende sag, kolliderer dette med det, der er fastsat i gennemførelsesforordningens artikel 59, som pålægger en indkaldelsesfrist på »mindst« en måned.

Som sagsøgeren med rette har anført, har den formelle betydning af en indkaldelse til hensigt at sikre en retmæssig og retfærdig procedure, og overholdelsen af en minimumsfrist bør give parterne mulighed for på passende vis at kunne forberede sig til den mundtlige forhandling. Idet fællesskabslovgiver i denne forbindelse har vurderet det nødvendige tidsrum til at være mindst en måned, tilkommer det ikke appelkammeret i hvert enkelt tilfælde at drage denne vurdering i tvivl.

236 Hvad angår for det andet argumentet om, at indkaldelsesfristen på mindst en måned alene »manglede« to dage i at være overholdt, hvilket er en »bagatel«, der førte til en procedurefejl, som af Sortsmyndigheden er blevet betegnet som »ubetydelig«, hvis påberåbelse af sagsøgeren udgør en »utilladelig manøvre«, synes dette argument at basere sig på en vurdering af de konkrete konsekvenser af den i den foreliggende sag konstaterede tilsidesættelse af nævnte frist.

237 Tilsidesættelsen af denne indkaldelsesfrist udgør en væsentlig procedurefejl, der kan føre til annullation af de tre anfægtede afgørelser, uden at det i øvrigt er nødvendigt at fastslå, at den nævnte tilsidesættelse har udgjort et indgreb over for sagsøgeren. En sådan væsentlig procedurefejl svarer nemlig til en tilsidesættelse af et væsentligt formkrav, hvis manglende overholdelse medfører retsaktens ugyldighed, uanset tilsidesættelsens konsekvenser i den konkrete sag (jf. i denne retning Domstolens dom af 6.4.2000, forenede sager C-287/95 P og C-288/95 P, Kommissionen mod Solvay, Sml. I, s. 2391, præmis 45 og 46; jf. Rettens dom af 23.5.2007, sag T-223/06 P, Parlamentet mod Eistrup, Sml. II, s. 1581, præmis 59 og den deri nævnte retspraksis). Følgelig er den af Sortsmyndigheden påberåbte retspraksis ikke relevant i den foreliggende sag.

238 Under alle omstændigheder kan sagsøgerens afslag på at give møde i forhandlingsmødet den 4. december 2007 ikke betegnes som en utilladelig manøvre. Sagsøgeren havde derimod en legitim og berettiget begrundelse for at anmode om udsættelse af afgørelserne i de tre omhandlede sager for appelkammeret, indtil der var truffet afgørelse i sagen om ugyldighed (sag A 010/2007).

239 Hvad angår afslaget på denne anmodning om udsættelse af proceduren i de tre omhandlede sager har appelkammeret begrundet dette som følger i afgørelsen vedrørende begæringen om ophævelse (idet afgørelsen om tilpasning af beskrivelsen og afgørelsen om afslag henviser til denne samme begrundelse):

»En yderligere klagesag er under behandling, i forbindelse med hvilken sagsøgeren søger opnået en ugyldighedserklæring af sorten LEMON SYMPHONY i henhold til [forordningens] artikel 20. Henset til, at han anser sidstnævnte sag for præjudiciel i forhold til de foreliggende sager, har sagsøgeren i henhold til [forordningens] artikel 106 anmodet om, at disse udsættes, indtil der er truffet afgørelse i sagen om annullation.

Denne anmodning er ugrundet. [Forordningens] artikel 106 kan tydeligvis ikke finde anvendelse. Den omhandler retssager ved de ordinære retter. Imidlertid er en udsættelse af sagen utænkelig i det foreliggende tilfælde, endog under hensyntagen til et almindeligt princip om, at udsættelse af en sag er mulig og afgøres efter appelkammerets skøn. Udsættelse af en sag forudsætter, at der foreligger en præjudiciel virkning knyttet til en anden sag. Dette ville alene være tilfældet i den foreliggende sag, såfremt sagsøgeren fik medhold i sagen om ugyldighed. For at den foreliggende sag kan udsættes, skal der derfor i det mindste foreligge en rimelig forventning om et gunstigt udfald. Dette er ikke tilfældet i den foreliggende sag. Ugyldighedssagen kan ikke forventes at føre til et gunstigt udfald, henset til, at der ikke af de grunde, der er anført i nærværende afgørelse, er nogen ret til at anmode Sortsmyndigheden om at træffe en afgørelse, hvorefter beskyttelsen af den anfægtede sort LEMON SYMPHONY erklæres ugyldig.«

240 Som allerede anført i præmis 98 ovenfor er de tre omhandlede sager knyttet til sag T-242/09 (ugyldighedssag om LEMON SYMPHONY) i et afhængighedsforhold, idet udfaldet af sidstnævnte sag er afgørende for udfaldet af de andre sager.

241 Appelkammeret har i øvrigt ikke bestridt eksistensen af dette afhængighedsforhold i de tre anfægtede afgørelser. Det har snarere begrundet afslaget på anmodningen om udsættelse af sagen med den betragtning, at der ikke var nogen »rimelig forventning om et gunstigt udfald« af ugyldighedssagen, hvorfor den ikke på nogen måde kunne påvirke sagsøgerens stilling positivt i de tre andre sager.

242 Appelkammeret har imidlertid dermed alvorligt foregrebet den afgørelse, den skulle træffe i forbindelse med den nævnte sag, mens behandlingen af den endnu kun var i den indledende fase.

243 Ydermere har denne foregribelse vist sig at være fejlagtig såvel faktisk som retligt. Den begrundelse, der er gjort gældende for at berettige denne vurdering, dvs. i det væsentlige, at sagsøgeren ikke havde ret til at anmode Sortsmyndigheden om at træffe en afgørelse i henhold til forordningens artikel 20, er end ikke blevet fastholdt af appelkammeret – ganske vist i en ny sammensætning – i afgørelse A 010/2007 med henblik på at begrunde afslaget på klagen over afgørelsen om ugyldighedsbegæringen. Endvidere synes appelkammeret i punkt 1 i afgørelse A 010/2007 at have givet sagsøgeren medhold i forhold til den pågældende begrundelse i lyset af Rettens dom af 31. januar 2008, Federación de Cooperativas Agrarias de la Comunidad Valenciana mod EF-Sortsmyndigheden – Nador Cott Protection (Nadorcott) (sag T-95/06, Sml. II, s. 31), hvori det i præmis 81 anføres, at »enhver person i henhold til […]forordningens artikel 20 og 21 efter meddelelse af sortsbeskyttelse og uafhængigt af indgivelsen af en klage til appelkammeret [kan] opfordre [S]ortsmyndigheden til at erklære sortsbeskyttelsen ugyldig eller til at ophæve sortsbeskyttelsen under henvisning til, at beskyttelsen er meddelt for en sort, der ikke opfylder de materielle forudsætninger i nævnte forordnings artikel 7-10«.

244 Sagsøgeren havde således en legitim og berettiget grund til at gøre indsigelse mod afholdelse af et forhandlingsmøde den 4. december 2007. Omvendt har formanden for appelkammeret, hvad end den dybere begrundelse for hendes afgørelse har været, gjort upassende, om ikke lovstridig, brug af sine beføjelser ved at afholde et forhandlingsmøde den pågældende dato til trods for sagsøgerens rimelige og begrundede indsigelser.

245 Det følger af ovenstående betragtninger, at anbringendet, fælles for sagerne T-133/08, T-134/08 og T-177/08, vedrørende tilsidesættelse af gennemførelsesforordningens artikel 59 og retten til forsvar, er begrundet.

246 Følgelig skal de tre afgørelser, der er anfægtet i sagerne T-133/08, T-134/08 og T-177/08, annulleres, uden at det herved findes nødvendigt at tage stilling til sagernes øvrige anbringender og argumenter.

Om den videre behandling af første påstands anden del i sag T-133/08

247 Sortsmyndigheden har gjort gældende, at der bør ske afvisning i sag T-133/08, idet den første påstands anden del vedrører annullation af afgørelsen om tilpasning af beskrivelsen. Selv om det antages, at sagsøgeren havde kunnet indgive en klage for appelkammeret over denne afgørelse, hvilket ikke er tilfældet, ville det ifølge Sortsmyndigheden ikke kunne forventes, at Retten annullerer afgørelsen, idet appelkammeret ikke har truffet afgørelse om den. Ifølge Sortsmyndigheden skal appelkammeret nemlig have truffet en afgørelse, der skal være ulovlig, for at afgørelsen om tilpasning af beskrivelsen kan erklæres ugyldig.

248 I denne henseende bemærkes det, at sagsøgeren med den første påstands anden del nærmere bestemt har anmodet Retten om at træffe den afgørelse, som Sortsmyndighedens appelkammer burde have truffet, dvs. en afgørelse, der erklærer afgørelsen om tilpasning af beskrivelsen ugyldig. Det må derfor konkluderes, at sagsøgeren med denne del af den første påstand har anmodet om en omgørelse af appelkammerets afgørelse i medfør af den kompetence, der er tillagt Retten ved forordningens artikel 73, stk. 3, hvorefter Retten har kompetence til både at annullere og omgøre afgørelse A 007/2007.

249 Spørgsmålet om formaliteten vedrørende den første påstands anden del er således at ligestille med formaliteten vedrørende lignende påstande vedrørende omgørelse af afgørelser truffet af appelkamrene ved Kontoret for Harmonisering i det Indre Marked (Varemærker og Design) (KHIM) i retssager om EF-varemærker i medfør af den kompetence, der er tillagt Retten ved artikel 65, stk. 3, i forordning nr. 207/2009, hvis ordlyd er identisk med ordlyden i forordningens artikel 73, stk. 3.

250 Hvad angår denne tvist har Domstolen fastslået i dom af 5. juli 2011, Edwin mod KHIM (sag C-263/09 P, Sml. I, s. 5853, præmis 72), at den beføjelse til at omgøre en afgørelse, som er tillagt Retten, ikke bevirker, at denne tillægges en beføjelse til at sætte sin egen bedømmelse i stedet for appelkammerets og så meget desto mindre at foretage bedømmelse af et forhold, som det pågældende kammer endnu ikke har taget stilling til. Udøvelsen af beføjelsen til at omgøre en afgørelse bør således principielt begrænses til tilfælde, hvor Retten efter at have prøvet appelkammerets vurdering er i stand til på baggrund af de fastslåede faktiske og retlige omstændigheder at fastlægge den afgørelse, som appelkammeret var forpligtet til at træffe.

251 I den foreliggende sag har appelkammeret, således som Sortsmyndigheden med rette har anført, ikke udtalt sig om de grundlæggende spørgsmål vedrørende lovligheden af afgørelsen om tilpasning af beskrivelsen.

252 På det grundlag kan den del af den første påstand i sag T-133/08, der vedrører annullation af afgørelsen om tilpasning af beskrivelsen, ikke tages til følge (jf. i denne retning analogt dommen i sagen Edwin mod KHIM, præmis 74, der stadfæstede Rettens dom af 14.5.2009, sag T-165/06, Fiorucci mod KHIM - Edwin (ELIO FIORUCCI), Sml. II, s. 1375, præmis 67).

Sagens omkostninger

Parternes argumenter

253 I hver af de fire forenede sager har Sortsmyndigheden nedlagt påstand om, at det bestemmes, at Sortsmyndigheden kun bærer sine egne omkostninger for det tilfælde og i det omfang, der gives medhold i en af sagens påstande.

254 Sagsøgeren har heroverfor anført, at denne påstand ikke er begrundet, og at der ikke er nogen åbenbar grund til at nægte ham tilbagebetaling af hans udgifter, såfremt han får medhold.

Rettens bemærkninger

255 I henhold til procesreglementets artikel 87, stk. 3, kan Retten fordele sagens omkostninger eller bestemme, at hver part skal bære sine egne omkostninger, hvis hver af parterne henholdsvis taber eller vinder på et eller flere punkter, eller hvor der foreligger ganske særlige grunde.

256 I henhold til procesreglementets artikel 87, stk. 4, kan Retten træffe afgørelse om, at en intervenient skal bære sine egne omkostninger.

257 I henhold til procesreglementets artikel 136, der i henhold til dettes artikel 130 finder anvendelse i sagen mod Sortsmyndigheden, kan Retten, såfremt sagsøgeren gives medhold under en sag anlagt til prøvelse af en afgørelse fra et appelkammer, bestemme, at Sortsmyndigheden kun bærer sine egne omkostninger.

258 Under hensyntagen til de to forhold, dels at sagsøgeren ikke har fået medhold i sine påstande i sag T-242/09, hvis udfald var afgørende for udfaldet af de tre andre sager, dels at Sortsmyndigheden og intervenienten ikke fik medhold i det væsentlige af deres påstande i de tre andre sager, besluttes det ved en retfærdig anvendelse af de nævnte bestemmelser, at hver part bærer sine egne omkostninger.

På grundlag af disse præmisser

udtaler og bestemmer

RETTEN (Anden Afdeling):

1) EF-Sortsmyndigheden (OCVV) frifindes for påstanden om annullation af afgørelsen truffet den 23. januar 2009 af appelkammeret ved Sortsmyndigheden (sag A 010/2007) vedrørende en begæring om ugyldigkendelse af EF-sortsbeskyttelsen af sorten LEMON SYMPHONY.

2) Afgørelsen truffet den 4. december 2007 af appelkammeret ved Sortsmyndigheden (sag A 007/2007) vedrørende en anfægtelse af afgørelsen om tilpasning ex officio af den officielle beskrivelse af sorten LEMON SYMPHONY i registeret over EF-sortsbeskyttelse annulleres.

3) I øvrigt tages påstanden vedrørende denne afgørelse ikke til følge.

4) Afgørelsen truffet den 4. december 2007 af appelkammeret ved Sortsmyndigheden (sag A 006/2007) vedrørende en begæring om ophævelse af EF-sortsbeskyttelsen af sorten LEMON SYMPHONY annulleres.

5) Afgørelsen truffet den 4. december 2007 af appelkammeret ved Sortsmyndigheden (sag A 005/2007) vedrørende en ansøgning om EF-sortsbeskyttelse af sorten SUMOST 01 annulleres.

6) Hver part bærer sine egne omkostninger.

Forwood Dehousse Schwarcz

Afsagt i offentligt retsmøde i Luxembourg den 18. september 2012.

Underskrifter

Indhold

Retsforskrifter 2

Sagens baggrund 2

De administrative procedurer ved Sortsmyndigheden 2

Behandlingen af sagerne A 005/2007, A 006/2007 og A 007/2007 for appelkammeret ved Sortsmyndigheden 7

Behandlingen ved Sortsmyndighedens appelkammer af sag A 010/2007 11

Procedure 16

Parternes påstande 17

Indledende betragtninger om forholdet mellem de fire forenede sager og om den rækkefølge, hvori de bør undersøges 18

Sag T-242/09 18

Formaliteten 18

Om realiteten 19

Det første anbringende vedrørende tilsidesættelse af forordningens sammenholdte bestemmelser i artikel 76 og 81 19

– Parternes argumenter 19

– Rettens bemærkninger 22

Det andet anbringende vedrørende tilsidesættelse af forordningens artikel 20, sammenholdt med dennes artikel 7 28

– Parternes argumenter 28

– Rettens bemærkninger 29

Det tredje anbringende vedrørende tilsidesættelse af forordningens artikel 75 29

– Parternes argumenter 29

– Rettens bemærkninger 29

Det fjerde anbringende vedrørende tilsidesættelse af gennemførelsesforordningens artikel 63, stk. 1 og 2 30

– Parternes argumenter 30

– Rettens bemærkninger 30

Påstandene vedrørende realiteten i sag T-242/09 32

Sag T-133/08, T-134/08 og T-177/08 32

Sagernes realitet 32

Generel redegørelse for sagernes anbringender 32

Om det for de tre sager fælles anbringende vedrørende tilsidesættelse af gennemførelsesforordningens artikel 59, stk. 2, og retten til at blive hørt 33

– Parternes argumenter 33

– Rettens bemærkninger 34

Om den videre behandling af første påstands anden del i sag T-133/08 38

Sagens omkostninger 39

Parternes argumenter 39

Rettens bemærkninger 39