Coletânea da Jurisprudência

ACÓRDÃO DO TRIBUNAL GERAL (Segunda Secção)

18 de setembro de 2012 *

«Variedades vegetais — Decisão de adaptação oficiosa da descrição oficial da variedade LEMON SYMPHONY — Pedido de privação da proteção comunitária concedida à variedade LEMON SYMPHONY — Pedido de anulação da proteção comunitária concedida à variedade LEMON SYMPHONY — Pedido de proteção comunitária concedida à variedade SUMOST 01 — Convocatória para a fase oral do processo na Instância de Recurso do ICVV — Prazo de envio da convocatória de pelo menos um mês»

Nos processos apensos T-133/08, T-134/08, T-177/08 e T-242/09,

Ralf Schräder, residente em Lüdinghausen (Alemanha), representado por T. Leidereiter e W.-A. Schmidt bem como, nos processos T-133/08 e T-134/08, por T. Henssler, advogados,

recorrente,

contra

Instituto Comunitário das Variedades Vegetais (ICVV), representado inicialmente por B. Kiewiet e M. Ekvad, e em seguida por M. Ekvad, na qualidade de agentes, assistidos por A. von Mühlendahl, advogado, e no processo T-242/09, por A. von Mühlendahl e H. Hartwig, advogados,

recorrido,

sendo a outra parte no processo na Instância de Recurso, interveniente no Tribunal Geral,

Jørn Hansson, residente em Søndersø (Dinamarca), representado por G. Würtenberger e R. Kunze, advogados,

que tem por objeto, no processo T-133/08, um recurso da decisão da Instância de Recurso do ICVV de 4 de dezembro de 2007 (processo A 007/2007), relativa a uma contestação da decisão de adaptação oficiosa da descrição oficial da variedade LEMON SYMPHONY no registo da proteção comunitária das variedades vegetais; no processo T-134/08, um recurso interposto da decisão da Instância de Recurso do ICVV de 4 de dezembro de 2007 (processo A 006/2007), relativa a um pedido de privação da proteção comunitária das variedades vegetais concedida à variedade LEMON SYMPHONY; no processo T-177/08, um recurso da decisão da Instância de Recurso do ICVV de 4 de dezembro de 2007 (processo A 005/2007), relativa a um pedido de proteção comunitária das variedades vegetais para a variedade SUMOST 01, e, no processo T-242/09, um recurso interposto da decisão da Instância de Recurso do ICVV de 23 de janeiro de 2009 (processo A 010/2007), relativa a um pedido de anulação da proteção comunitária das variedades vegetais concedida à variedade LEMON SYMPHONY,

* Língua do processo: alemão.

O TRIBUNAL GERAL (Segunda Secção)

composto por: N. J. Forwood (relator), presidente, F. Dehousse e J. Schwarcz, juízes,

secretário: C. Heeren, administradora,

vistos os autos e após a audiência de 28 de fevereiro de 2012,

profere o presente

Acórdão

Quadro jurídico

1 Nos termos do artigo 5.º, n.ºs 1 e 2, do Regulamento (CE) n.º 2100/94 do Conselho, de 27 de julho de 1994, relativo ao regime comunitário de proteção das variedades vegetais (JO L 227, p. 1, a seguir «regulamento»):

«1. Podem ser objeto de direitos comunitários de proteção das variedades vegetais variedades de todos os géneros e espécies botânicos, incluindo nomeadamente os seus híbridos.

2. Para efeitos do presente regulamento, entende-se por 'variedade' um conjunto vegetal pertencente a um mesmo táxon botânico da ordem mais baixa conhecida, conjunto esse que, independentemente de se encontrarem totalmente preenchidas as condições para a concessão do direito de proteção comunitária das variedades vegetais, pode ser:

— definido pela expressão das características resultantes de um determinado genótipo ou combinação de genótipos,

— distinguido de qualquer outro conjunto vegetal pela expressão de pelo menos uma das referidas características

e

— considerado como uma entidade, tendo em conta a sua aptidão para ser reproduzido tal e qual.»

2 Nos termos do artigo 6.º do regulamento, o direito de proteção comunitária das variedades vegetais será concedido a variedades que sejam distintas, homogéneas, estáveis e novas. Os critérios de distinção, de homogeneidade e de estabilidade são correntemente expressos pela sigla inglesa DUS (distinctiveness, uniformity, stability).

3 Nos termos do artigo 7.º, n.º 1, do regulamento:

«Uma variedade é considerada distinta se for possível distingui-la claramente, por referência à expressão das características resultante de um genótipo específico ou de uma combinação de genótipos, de qualquer outra variedade cuja existência seja notoriamente conhecida à data do pedido determinada nos termos do artigo 51.º»

4 Os critérios de homogeneidade, de estabilidade e de novidade estão respetivamente definidos nos artigos 8.º, 9.º e 10.º do regulamento.

Antecedentes do litígio

Procedimentos administrativos no ICVV

5 Em 5 de setembro de 1996, o interveniente, Jørn Hansson, apresentou um pedido de concessão do direito de proteção comunitária das variedades vegetais ao Instituto Comunitário das Variedades Vegetais (ICVV), ao abrigo do regulamento. Este pedido foi registado sob o número 1996/0984. A variedade vegetal cuja proteção foi pedida é a variedade LEMON SYMPHONY, que pertence à espécie *Osteospermum ecklonis*.

6 Esta variedade já tinha sido objeto de um pedido de obtenção de um título de proteção no Japão, em 1994, pelo seu titular, Masayuki Sekiguchi. Na «lista das características da variedade», de 18 de abril de 1994, elaborada nessa ocasião, a rubrica «Forma do vegetal na sua globalidade» foi completada com a nota 5, que corresponde a «médio».

7 O ICVV encarregou o Bundessortenamt (Instituto Federal das Variedades Vegetais, Alemanha) de proceder ao exame técnico da LEMON SYMPHONY, em conformidade com o disposto no artigo 55.º, n.º 1, do Regulamento n.º 2100/94.

8 Por carta de 6 de novembro de 1996, o Bundessortenamt pediu ao ICVV que lhe fornecesse material vegetal da LEMON SYMPHONY para proceder ao exame técnico. A referida carta especificava que deveriam ser «20 vegetais jovens com qualidade comercial, não cortados nem tratados com reguladores de crescimento».

9 Em 10 de janeiro de 1997, o interveniente enviou ao Bundessortenamt o material vegetal solicitado.

10 Por carta de 13 de janeiro de 1997, assinada pela Sra. Menne, agente do Bundessortenamt responsável pelo exame técnico de LEMON SYMPHONY, o Bundessortenamt indicou ao ICVV o seguinte:

«Em conformidade com o ponto II, segundo parágrafo, do Protocolo Técnico do ICVV relativo ao exame das características distintivas, da homogeneidade e da estabilidade, informamos-vos de que o material de multiplicação da variedade mencionada em epígrafe que nos foi enviado consiste em vegetais destinados à venda, em estacas, que foram tratadas com reguladores de crescimento e cortadas. Assim, o desenrolar correto do exame técnico parece estar ameaçado»

11 No entanto, o exame técnico foi realizado mais tarde durante o ano de 1997, sem que o Bundessortenamt possa ainda neste momento confirmar se foi diretamente realizado no material vegetal enviado pelo interveniente ou em estacarias obtidas a partir desse material, como parece resultar de uma nota manuscrita de 30 de janeiro de 1997 que consta do processo, que tem a seguinte redação: «O Bundessortenamt fez estacarias, aguardar, TK 30/01/97.» Durante este exame técnico, que foi realizado ao abrigo do «Quadro das características VI» do Bundessortenamt de 8 de agosto de 1997, à época em vigor como princípio diretor de exame, a LEMON SYMPHONY foi comparada com um determinado número de outras variedades de *Osteospermum*. No final deste exame técnico, o Bundessortenamt concluiu que a LEMON SYMPHONY preenchia os critérios DUS para gozar da proteção comunitária das variedades vegetais.

12 Em 16 de outubro de 1997, o Bundessortenamt, baseando-se no mesmo «Quadro das características VI», redigiu um relatório de exame ao qual estava anexada uma descrição oficial da LEMON SYMPHONY. Resulta desta que a característica «Porte dos caules» estava expresso como «ereto» (nota 1).

13 Por decisão do ICVV de 6 de abril de 1999, foi concedida à LEMON SYMPHONY a proteção comunitária das variedades vegetais e a descrição oficial desta variedade elaborada pelo Bundessortenamt em 1997 foi retomada no Registo de proteção comunitária das variedades vegetais.

14 Em 26 de novembro de 2001, o recorrente, Ralf Schräder, apresentou um pedido de concessão do direito de proteção comunitária das variedades vegetais ao ICVV, ao abrigo do regulamento. Esse pedido foi registado sob o número 2001/1758. A variedade vegetal para a qual o direito de proteção foi pedido é a variedade vegetal SUMOST 01, pertencente à espécie *Osteospermum ecklonis*. Esta variedade é produzida e comercializada pela Jungpflanzen Grünewald GmbH (a seguir «Grünewald»), sociedade na qual o recorrente, na qualidade de sócio, detém 5% das quotas.

15 Considerando que a produção e a venda de SUMOST 01 violavam os direitos que detém sobre a LEMON SYMPHONY, o interveniente intentou uma ação de contrafação contra a Grünewald, nos tribunais cíveis alemães, para que fosse posto termo à comercialização de SUMOST 01 por esta última e concedida uma indemnização. Depois de ter ordenado que o Bundessortenamt efetuasse uma peritagem judicial, tendo este último concluído, após um «teste em cultura de comparação», que o SUMOST 01 não se distinguia claramente da LEMON SYMPHONY, o Landgericht Düsseldorf (tribunal regional de Düsseldorf, Alemanha) deferiu os pedidos formulados pelo interveniente por meio da decisão de 12 de julho de 2005, confirmada em sede de recurso por acórdão do Oberlandesgericht Düsseldorf (tribunal regional superior de Düsseldorf, Alemanha) de 21 de dezembro de 2006. No âmbito desta peritagem judicial, a Grünewald sustentou que o material vegetal da LEMON SYMPHONY utilizado para proceder à comparação não correspondia ao material vegetal examinado em 1997, com vista à concessão da proteção comunitária das variedades vegetais a esta variedade. Tendo a Grünewald interposto recurso por motivo de incompetência e de «Revision» no Bundesgerichtshof (Tribunal Federal de Justiça, Alemanha), este órgão jurisdicional negou provimento a esse recurso por acórdão de 23 de abril de 2009. No entanto, este acórdão é suscetível de ser revisto se a proteção comunitária das variedades vegetais da LEMON SYMPHONY vier a ser anulada.

16 Durante o processo de contrafação que correu termos nos tribunais cíveis alemães, o interveniente defendeu a ideia de que a LEMON SYMPHONY nunca foi uma variedade ereta. Apresentou, a este respeito, um relatório de peritagem de 21 de novembro de 2003, redigido pelo Dr. Ludolph, do Lehr- und Versuchsanstalt für Gartenbau (Estabelecimento de Ensino e de Investigação para a Horticultura) de Hanover (Alemanha). Nesse relatório, o perito indicou o seguinte:

«O exame do Bundessortenamt de 1997 define a LEMON SYMPHONY como uma variedade ereta. De acordo com as experiências e as observações feitas no âmbito de testes, de avaliações e de exames em cultura realizados durante estes últimos anos, a LEMON SYMPHONY não é uma variedade que cresce de forma completamente ereta. Embora no início da cultura, e até cerca de dois meses após a colocação em vaso cresça, é certo, de forma relativamente ereta, em seguida, a meio do período de vegetação ao ar livre (junho ou julho, consoante o início da plantação), os numerosos caules, que são relativamente flexíveis, tendem a inclinar para o lado e passam a só poder ser descritos como semi-eretos. A LEMON SYMPHONY caracteriza-se por esse porte desde a sua introdução. A foto apensa em anexo (…), extraída de uma revista especializada datada do ano da introdução desta variedade no mercado revela um *habitus* semi-ereto. A variedade NAIROBI, analisada a título de comparação devido ao seu crescimento ereto no quadro das características dos princípios orientadores de exame TG/176/3, cresce de forma ereta durante todo o período de vegetação. O porte da NAIROBI diferencia-se claramente do da LEMON SYMPHONY. De uma maneira geral, determinadas descrições posteriores de variedades elaboradas pelo Bundessortenamt, por exemplo a variedade SEIMORA, qualificam de semieretas outras variedades de SYMPHONY, que possuem as mesmas características de crescimento que a LEMON SYMPHONY.»

17 Paralelamente ao processo por contrafação intentado nos tribunais cíveis alemães, o ICVV encarregou o Bundessortenamt de proceder ao exame técnico da SUMOST 01, em conformidade com o disposto no artigo 55.º, n.º 1, do regulamento. No âmbito deste exame técnico, realizado a partir de 2001, a LEMON SYMPHONY, entre outros, serviu de variedade de comparação. Este exame técnico foi efetuado de acordo com os novos princípios orientadores para a realização do exame da distinção, da homogeneidade e da estabilidade TG/176/3, definidos em 5 de abril de 2000 pela União Internacional para a Proteção das Obtenções Vegetais (UPOV).

18 Num primeiro relatório de exame relativo à SUMOST 01 que foi enviado ao recorrente em 1 de agosto de 2003, o Bundessortenamt indicou que seria necessário um segundo ano de exame, uma vez que a referida variedade tinha sido julgada não distinta da variedade de comparação LEMON SYMPHONY.

19 Em 27 de outubro de 2003, o interveniente transmitiu por escrito ao ICVV a sua oposição ao reconhecimento de um direito comunitário de proteção de uma variedade vegetal à SUMOST 01, em conformidade com o disposto no artigo 59.º do regulamento.

20 Em 7 de outubro de 2004, o Bundessortenamt elaborou um segundo relatório de exame relativo à SUMOST 01, no qual concluiu que a referida variedade não se distinguia claramente das outras variedades geralmente conhecidas, nomeadamente da LEMON SYMPHONY.

21 Em 26 de outubro de 2004, o recorrente apresentou um pedido de privação da proteção comunitária das variedades vegetais concedida à LEMON SYMPHONY, ao abrigo do artigo 21.º do regulamento, lido em conjunto com o seu artigo 9.º intitulado «Estabilidade», por, pelo menos desde 2002, esta variedade já não corresponder à sua descrição oficial inscrita no Registo da proteção comunitária das variedades vegetais em 1997. Em apoio do seu pedido, alegou, em substância, que, por ocasião do exame da LEMON SYMPHONY realizado em 2001, que assentou em princípios orientadores de exame TG/176/3, aplicáveis desde 2001, diferentes características desta variedade tinham obtido notas diferentes quando comparadas com a descrição oficial desta mesma variedade feita em 1997. Este facto era revelador, em sua opinião, da falta de estabilidade da variedade em questão.

22 Em 7 de dezembro de 2004, o ICVV decidiu proceder a uma verificação técnica, em conformidade com o disposto no artigo 64.º do Regulamento, para verificar se a LEMON SYMPHONY continuava a existir enquanto tal. Esta decisão foi comunicada ao recorrente e ao interveniente em 15 de dezembro de 2004. Os princípios orientadores aplicados para efeitos do exame técnico foram os do protocolo para o exame da distinção, da homogeneidade e da estabilidade CPVO-TP/176/1, elaborados em 31 de outubro de 2002 pelo ICVV, que por sua vez assentava nos princípios orientadores de exame TG/176/3.

23 Resulta de uma carta de 5 de janeiro de 2005 enviada pelo Bundessortenamt ao ICVV que, de modo geral, diferentes fatores podiam estar na origem das flutuações constatadas na descrição das expressões de características, tais como flutuações relacionadas com fatores ambientais, uma alteração da escala das notas em caso de alteração importante do número de variedades de comparação a tomar em consideração bem como das alterações de notas devidas à aplicação de novos princípios orientadores de exame. Estas explicações correspondem às explicações dadas pela Sra. Menne, examinadora do Bundessortenamt designada na qualidade de perita judicial pelo Landgericht Dusseldorf, em 17 de novembro de 2004.

24 Em 23 de fevereiro de 2005, o interveniente deduziu oposição ao cancelamento da sua variedade LEMON SYMPHONY.

25 Em 14 de setembro de 2005, o Bundessortenamt elaborou um relatório de exame que concluiu pela manutenção da LEMON SYMPHONY. A este relatório foi anexada uma nova descrição da variedade, datada do mesmo dia, da qual resulta, nomeadamente, que a característica «Porte dos caules» era expressa como «semi-ereta a horizontal» (nota 4).

26 Em 26 de setembro de 2005, o Bundessortenamt elaborou um terceiro relatório de exame relativo à SUMOST 01, do qual também resultava que a referida variedade não se distinguia claramente da LEMON SYMPHONY.

27 Em 22 de março de 2006, o ICVV perguntou ao Bundessortenamt se, tendo em conta as alterações dos princípios orientadores de exame aplicáveis à *Osteospermum* ocorridas entre 1997 e 2005, era possível estabelecer, para a variedade LEMON SYMPHONY que foi examinada em 2005, uma descrição técnica que descrevesse as expressões das características de acordo com os princípios orientadores válidos em 1997. Por carta de 12 de abril de 2006, o Bundessortenamt informou o ICVV da impossibilidade de fornecer uma descrição assente no «Quadro das características VI» por si utilizado em 1997 e referiu-se a um documento intitulado «Comentário sobre o pedido de privação da proteção comunitária das variedades vegetais para a variedade LEMON SYMPHONY, EU1996/0984», anexado à sua carta de 5 de janeiro de 2005 acima referida no n.º 23.

28 Por correio eletrónico de 18 de maio de 2006, o Bundessortenamt comunicou ao ICVV o seguinte:

«Foram anexadas ao presente correio eletrónico as fotografias da LEMON SYMPHONY tiradas em 1997, em 2003 e em 2004. Delas decorre que o porte dos caules não se alterou.

A foto de 1997 foi digitalizada a partir de um diapositivo, motivo pelo qual as suas cores e a sua qualidade são ligeiramente diferentes das das fotos digitais de 2003 e de 2004. O Dr. Leidereiter conhece estas fotos porque as utilizei no processo judicial contra a SUMOST 01 (2001/1758).

Não foi a variedade que mudou, mas a nossa escala de medição do porte dos caules. O documento Haltung_Triebe explica este facto. Em 1997, só cerca de 40 variedades de *Osteospermum* e avaliávamos o porte dos caules em conformidade com essas variedades. Em seguida, o número de variedades cresceu de forma considerável e tivemos de recorrer a outra escala para esta característica (é o que há que entender por 'Jahr 2').»

29 Por carta de 12 de junho de 2006, o ICVV dirigiu-se novamente ao Bundessortenamt nos seguintes termos: «Para permitir que o [ICVV] faça prova desta ligação, ficaríamos gratos que nos indicasse, para cada característica, [mencionada no] Protocolo relativo à *Osteospermum* em vigor em 1997, qual seria o nível de expressão da variedade LEMON SYMPHONY nos testes de 2005 ou qual é a relação com as observações efetuadas em conformidade com o Protocolo adotado em 2001.»

30 Em 2 de agosto de 2006, o Bundessortenamt respondeu da seguinte forma ao pedido do ICVV de 12 de junho de 2006:

«Resulta do exame técnico de 2005 que a variedade é estável. Isto significa que, tendo em conta as condições ambientais específicas, os princípios orientadores alterados e a gama alterada, o material vegetal produzido é conforme com a descrição da variedade de 1997.

A decisão relativa à estabilidade da expressão das características é da competência do perito. Em anexo consta uma explicação relativa às diferenças aparentes entre as descrições das variedades de 1997 e de 2005.»

31 Resulta da resposta do Bundessortenamt de 2 de agosto de 2006 e da comparação dos resultados dos exames técnicos da LEMON SYMPHONY efetuados respetivamente em 1997 e em 2005, elaborada pelo referido Instituto e comunicada ao recorrente em 25 de agosto de 2006, que, segundo este Instituto, a diferença da nota relativa à característica «Porte dos caules» só se podia explicar pela circunstância de que nenhuma variedade de comparação figurava no «Quadro das características VI» que o referido Instituto utilizava em 1997 e que a LEMON SYMPHONY era a variedade mais ereta

durante esse ano. Para mais, as variedades da espécie *Osteospermum ecklonis* tinham-se claramente multiplicado desde 1997 e os princípios orientadores de exame foram parcialmente alterados, o que se traduziu na necessidade de adaptar os níveis de expressão.

32 Por carta de 25 de agosto de 2006, o ICVV propôs ao interveniente que a descrição oficial da LEMON SYMPHONY inscrita no Registo da proteção comunitária das variedades vegetais em 1997 fosse adaptada através da nova descrição da variedade de 14 de setembro de 2005. O ICVV considerava que esta adaptação era necessária devido, por um lado, aos progressos realizados em matéria de seleção desde o exame da referida variedade em 1997 e, por outro, à alteração dos princípios orientadores de exame, em 2001.

33 Por carta de 22 de setembro de 2006, o interveniente aceitou esta proposta.

34 Por decisão de 19 de fevereiro de 2007 (a seguir «decisão de indeferimento»), o ICVV julgou procedentes as objeções suscitadas pelo interveniente contra a concessão da proteção comunitária das variedades vegetais à SUMOST 01 e indeferiu o pedido de concessão de proteção comunitária das variedades vegetais à referida variedade, devido essencialmente ao facto de esta não se distinguir claramente da LEMON SYMPHONY e de as condições enunciadas no artigo 7.º do regulamento não estarem, desse modo, preenchidas. O ICVV indicou nomeadamente que resultava do exame técnico que a SUMOST 01 só se diferenciava da LEMON SYMPHONY por uma característica, a saber, a época do início da floração, e apenas numa nota, e que esta diferença era muito fraca, no caso das variedades da espécie *Osteospermum*, para a tornar claramente distinta. Por outro lado, o ICVV considerou que a LEMON SYMPHONY era estável.

35 Em 11 de abril de 2007, o recorrente apresentou um pedido de anulação da proteção comunitária das variedades vegetais concedida à LEMON SYMPHONY, ao abrigo do artigo 20.º do regulamento, essencialmente por esta variedade nunca ter existido na forma reproduzida na sua descrição oficial inscrita no Registo da proteção comunitária das variedades vegetais em 1997.

36 Por carta de 18 de abril de 2007, o ICVV informou o interveniente da sua decisão de adaptar oficiosamente a descrição oficial da LEMON SYMPHONY, em conformidade com o artigo 87.º, n.º 4, do regulamento (a seguir «decisão relativa à adaptação da descrição»). A esta carta estava apensa a descrição adaptada conforme resultava do exame técnico de 2005.

37 Por carta de 10 de maio de 2007 (a seguir «decisão relativa ao pedido de privação»), o ICVV informou o recorrente de que o Comité competente tinha verificado se as condições de aplicação do artigo 21.º do regulamento estavam preenchidas e tinha concluído que não, pelo que, em sua opinião, não tinha sido tomada nenhuma decisão relativa à privação ao abrigo do referido artigo 21.º. Com efeito, segundo este Comité, as disposições pertinentes do regulamento não fornecem nenhuma base legal para a adoção de uma decisão expressa, oficiosamente ou no seguimento de um pedido, de não pronunciar a privação da proteção comunitária.

38 Por carta de 10 de maio de 2007, o ICVV também convidou o interveniente a apresentar as suas observações sobre o pedido de anulação da proteção comunitária das variedades vegetais concedida à LEMON SYMPHONY, apresentado pelo recorrente. O interveniente contestou este pedido por carta de 1 de junho de 2007.

39 Em 21 de maio de 2007, o ICVV informou o recorrente da decisão relativa à adaptação da descrição e da substituição da descrição oficial da LEMON SYMPHONY inscrita no Registo da proteção comunitária das variedades vegetais em 1997 pela descrição oficial de 2005.

40 Por carta de 26 de setembro de 2007, o ICVV indeferiu o pedido de anulação da proteção comunitária das variedades vegetais concedida à LEMON SYMPHONY apresentado pelo recorrente ao abrigo do artigo 20.º do regulamento (a seguir «decisão relativa ao pedido de anulação»). Segundo o ICVV, um

tratamento com reguladores de crescimento não se repercute necessariamente nos resultados do exame técnico, uma vez que o material vegetal foi cultivado num período que permitia que o efeito do tratamento desaparecesse. Além disso, segundo o ICVV, o Bundessortenamt tinha confirmado que o exame decorreu corretamente.

Processos na Instância de Recurso do ICVV nos processos A 005/2007, A 006/2007 e A 007/2007

41 Em 10 de maio de 2007, o recorrente interpôs recurso na Instância de Recurso, registado sob o número A 005/2007, da decisão de indeferimento.

42 Em apoio deste recurso, alegou, em substância, que, atendendo ao grande número de diferenças, por um lado, entre a descrição oficial da LEMON SYMPHONY de 1997 e, por outro, os resultados dos testes de cultura ao ar livre realizados para a variedade candidata SUMOST 01 em 2001 e em 2002, devia ser concedida a esta variedade a proteção comunitária das variedades vegetais. Além disso, o recorrente pediu que fosse constatado que a LEMON SYMPHONY já não era válida. Afirmou que o material vegetal desta variedade utilizado para o exame foi tratado com um regulador de crescimento, contrariando as disposições dos princípios orientadores de exame. Para mais, em sua opinião, uma descrição de uma variedade só pode ser adaptada relativamente a características «relativas» e não relativamente a características «absolutas», como seja o porte da planta. Por último, em sua opinião, o facto de a variedade candidata ter sido julgada não distinta ficou a dever-se ao facto de o material vegetal desta variedade apresentado para efeitos do exame comparativo ser, na realidade, material da sua variedade candidata SUMOST 01.

43 Em 11 de junho de 2007, o recorrente interpôs recurso na Instância de Recurso, registado sob o número A 006/2007, da decisão relativa ao pedido de privação.

44 Em apoio deste recurso, alegou, em substância, que o seu direito de interpor recurso decorria das disposições conjugadas dos artigos 68.º e 67.º do regulamento, que se referem expressamente às decisões adotadas ao abrigo do artigo 21.º do referido regulamento, que a carta do ICVV de 10 de maio 2007, acima referida no n.º 37, constituía uma decisão por meio da qual lhe foi recusada uma decisão suscetível de recurso e que, na sua qualidade de parte no processo, tinha direito a uma decisão do ICVV ainda que este julgasse que não era indicada uma privação da proteção.

45 Em 12 de julho de 2007, o recorrente interpôs recurso na Instância de Recurso, registado sob o número A 007/2007, da decisão relativa à adaptação da descrição.

46 Em apoio deste recurso, alegou, em substância, que o seu direito de interpor recurso decorria das disposições conjugadas dos artigos 68.º e 67.º do regulamento, que a decisão de adaptação oficiosa da descrição oficial da LEMON SYMPHONY lhe dizia direta e individualmente respeito, que a LEMON SYMPHONY é a variedade que foi comparada com a sua variedade SUMOST 01 para a qual era pedida uma proteção, que resultava do exame técnico que a variedade candidata não se distinguia claramente da variedade de comparação, que o ICVV baseou a sua apreciação na descrição adaptada, que era diferente da descrição de 1997 em aspetos essenciais, e que, se a apreciação se tivesse baseado na descrição de 1997, teria sido declarado que as variedades eram claramente distintas.

47 Segundo um correio eletrónico enviado pelo secretariado da Instância de Recurso à presidente desta em 20 de setembro 2007, resultou, após contacto com os interessados, que só era possível agendar uma data de audiência conveniente para todas as partes em causa nos processos A 005/2007, A 006/2007 e A 007/2007 para a primeira semana de dezembro de 2007.

48 Por carta de 20 de setembro de 2007 enviada à Instância de Recurso, em reação a um contacto telefónico no decurso do qual o secretariado da Instância de Recurso lhe tinha comunicado a intenção de esta organizar uma fase oral do processo comum, ou seja como for, no mesmo dia, nos processos

A 005/2007 e A 006/2007, o advogado do recorrente indicou que não fazia sentido adotar nesse momento uma decisão comum nos referidos processos A 005/2007 e A 006/2007, porque o processo de anulação no processo A 010/2007 ainda estava pendente no ICVV. Em sua opinião, estes três processos deveriam ser posteriormente apensos e não podia ser tomada nenhuma decisão nos processos A 005/2007 e A 006/2007 enquanto não fosse proferida decisão no processo A 010/2007. O advogado do recorrente indicou igualmente que o recorrente estava consciente que do adiamento destes dois processos decorreria inevitavelmente um atraso considerável, atendendo à alteração que em breve iria operar-se na Instância de Recurso, mas que estava disposto a aceitar esse atraso.

49 Em 9 de outubro de 2007, a Instância de Recurso enviou uma telecópia às partes, intitulada «Preparação do processo oral relativo ao recurso SUMOST 01 e aos recursos LEMON SYMPHONY», na qual se referiu aos processos A 005/2007, A 006/2007 e A 007/2007 e aludiu ao Regulamento (CE) n.º 1239/95 da Comissão, de 31 de maio de 1995, que estabelece normas de execução do Regulamento (CE) n.º 2100/94 do Conselho no que respeita ao processo no ICVV (JO L 121, p. 37, a seguir «regulamento de execução»). Esta telecópia tinha a seguinte redação:

«Em conformidade com o disposto no artigo 50.º do regulamento [de execução], a presidente da Instância de Recurso do ICVV prevê convocar as partes para assistirem à fase oral do processo na terça-feira 4 de dezembro de 2007 (…) Se o secretariado da Instância de Recurso do ICVV não receber da vossa parte, no prazo de dez dias contados a partir da data da presente telecópia, objeções fundamentadas, presume-se que a data proposta é aceitável e serão consequentemente enviadas as convocações.

Chama-se igualmente a vossa atenção para o disposto no artigo 59.º, n.º 2 do regulamento [de execução], nos termos do qual '[s]e uma parte no processo regularmente convocada para o processo oral perante o [ICVV] não comparecer, o processo poderá ser prosseguido na sua ausência.'

Solicita-se que por meio de telecópia seja enviada ao secretariado da Instância de Recurso uma resposta no prazo de dez dias (…)»

50 O canto inferior direito da referida telecópia continha uma zona demarcada por um quadro, com o seguinte texto: «Queira datar, assinar e enviar imediatamente por fax ao secretariado da Instância de Recurso o presente aviso de receção.»

51 O advogado do recorrente assinou e datou o aviso de receção em questão e enviou-o em 9 de outubro de 2007 ao secretariado da Instância de Recurso.

52 Por carta de 17 de outubro de 2007, a presidente da Instância de Recurso comunicou às partes o seguinte:

«A Instância não deferiu o pedido do recorrente de 20 de setembro de 2007 que tinha por objeto o adiamento da data da audiência para os três processos.

A Instância considera que, no processo A 006 (nulidade), a questão de saber se o recorrente pode esperar obter uma decisão do [ICVV] que seja recorrível e cujo conteúdo seja (em substância) 'a LEMON SYMPHONY não é nula' tem de ser objeto de uma discussão oral intensa no âmbito de uma fase oral do processo. Trata-se de uma questão relativa ao mérito do recurso. Neste momento, a Instância considera que a carta do [ICVV] de 10 de maio de 2007, enquanto resposta ao pedido de anulação do recorrente, constitui — em conformidade com a *praxis* alemã — uma decisão na aceção jurídica. O facto de ter sido negado provimento ao recurso, ou seja, de que não se pode pretender obter uma decisão negativa, pôs termo ao processo. Caso o recorrente obtivesse ganho de causa, a resposta de 10 de maio de 2007 seria sem dúvida nenhuma interpretada no sentido de que se trata de

uma decisão negativa (intimar novamente o [ICVV] a redigir essa decisão seria certamente demasiado formalista). Em seguida, a Instância examinará a questão da nulidade. Este processo encontra-se em fase de ser julgado, independentemente do desfecho do processo A 007 (descrição da variedade).

Haverá em seguida que tratar o processo A 005 (processo de oposição que tem por objeto o pedido de proteção), tendo em conta nulidade da LEMON SYMPHONY ou a sua validade. Este processo encontra-se também em fase de ser julgado.

Ainda não pode ser fixada a data para o processo A 007 (descrição da variedade) porquanto a taxa de recurso ainda não foi integralmente paga. No entanto, seria útil tratar este processo ao mesmo tempo, devido à conexão dos factos. Permitimo-nos assinalar que a Instância deverá em primeiro lugar examinar a questão da admissibilidade do recurso. Este recurso tem por objeto uma carta enviada ao titular da proteção comunitária para a LEMON SYMPHONY, não havendo dúvidas de que o recorrente recebeu do [ICVV] uma cópia dessa carta a título de informação. Pode questionar-se que se trate de uma 'decisão'. Mesmo nesse caso, no processo A 006, há que perguntar se o recorrente pode influenciar a decisão do [ICVV] através de um recurso.

Por conseguinte, solicita-se que o recorrente informe tão depressa quanto possível, para que a Instância e a parte contrária possam proceder a uma boa preparação dos processos, se no dia 4 de dezembro de 2007 haverá também de tratar o processo [A 007/2007], sendo que para tal as taxas deverão ainda ser pagas dentro do prazo fixado.»

53 Por carta datada de 19 de outubro de 2007, enviada à presidente da Instância de Recurso, o advogado do recorrente comunicou as suas objeções à realização da fase oral do processo em 4 de dezembro de 2007. Alegou, em especial, que as indicações constantes da carta da presidente da Instância de Recurso de 17 de outubro de 2007 permitiam entender que esta ainda não tinha compreendido o objeto do processo e que pensava que se tratava de um processo de anulação e não de um processo de privação. Por outro lado, reiterou o seu ponto de vista segundo o qual os processos A 005/2007, A 006/2007 e A 007/2007 ainda não estavam em condições de serem julgados, pelo que a fixação para ainda esse ano da fase oral não lhe parecia necessária, e que o processo de anulação (processo A 010/2007) era prioritário. Por último, invocando o artigo 81.º, n.º 2, e o artigo 48.º, n.º 3, do regulamento, o advogado do recorrente opôs-se a que, devido a uma suspeição de parcialidade, as indicações fornecidas pelos agentes do Bundessortenamt fossem tomadas em consideração.

54 Por carta registada de 29 de outubro de 2007, tendo o advogado do recorrente acusado a sua receção em 6 de novembro de 2007, as partes foram oficialmente convocadas para a fase oral do processo de 4 de dezembro de 2007 nos processos A 005/2007, A 006/2007 e A 007/2007.

55 Em 30 de outubro de 2007, o advogado do recorrente recebeu uma notificação para comparecer numa audiência no Landgericht Hamburg (tribunal regional de Hamburgo, Alemanha) em 5 de dezembro de 2007 às 12h00. Transmitiu-a imediatamente à presidente da Instância de Recurso, declarando que, como responsável por esse processo, tinha de estar pessoalmente presente nessa audiência.

56 Por correio eletrónico de 5 de novembro de 2007 enviado ao advogado do recorrente, a presidente da Instância de Recurso reagiu às objeções formuladas por este. Referindo-se expressamente à sua carta de 17 de outubro de 2007, a presidente da Instância de Recurso indicou que não vislumbrava «nenhum motivo para diferir a fase oral do processo», precisando que era «incontestável» que era o artigo 21.º do regulamento, e não o seu artigo 20.º, que estava em discussão. Perguntou novamente se havia também que tratar o processo A 007/2007 no dia 4 de dezembro de 2007. Em caso de resposta afirmativa, a presidente da Instância de Recurso solicitou que fosse rapidamente efetuado o pagamento das taxas ainda não pagas.

57 Por correio eletrónico de 8 de novembro de 2007 enviado ao advogado do recorrente, a presidente da Instância de Recurso indicou a este último que a fase oral na Instância de Recurso tinha «prioridade» sobre a audiência no Landgericht Hamburg por a notificação para comparecer perante aquela ter data de 29 de outubro de 2007.

58 Por carta e telecópia de 14 de novembro de 2007 enviadas à Instância de Recurso, o advogado do recorrente indicou que presumia que a convocatória não se referia ao processo A 007/2007, uma vez que a referida Instância de Recurso lhe tinha solicitado o seu acordo para a fase oral desse processo e que o advogado não tinha dado o seu acordo. Reiterou que se opunha a uma eventual utilização das indicações dos agentes do Bundessortenamt.

59 Por carta e telecópia de 14 de novembro de 2007 enviadas à Instância de Recurso, o advogado do recorrente observou, por outro lado, que não tendo o prazo de convocatória sido respeitado, a Instância de Recurso não podia realizar a fase oral em 4 de dezembro de 2007. Chamou igualmente a atenção para as consequências de uma violação do artigo 59.º, n.º 2, do regulamento de execução.

60 Por correio eletrónico de 15 de novembro de 2007, a presidente da Instância de Recurso respondeu ao advogado do recorrente que a convocatória tinha também efetivamente por objeto a fase oral no processo A 007/2007.

61 Por correio eletrónico de 26 de novembro de 2007, a presidente da Instância de Recurso indicou nomeadamente ao advogado do recorrente que a convocatória oficial era apenas uma «confirmação de data» e qualificou de «não pertinente» o facto de esta ter sido notificada em 6 de novembro de 2007. Interrogou-o igualmente nos seguintes termos: «É possível que lhe tenha escapado que já deu o seu acordo para esta data em 9 de outubro de 2007?»

62 Por correio eletrónico de 29 de novembro de 2007, o advogado do recorrente indicou ao secretariado da Instância de Recurso que nem ele nem o seu cliente estariam presentes na fase oral do processo.

63 Não obstante as objeções do recorrente, a Instância de Recurso realizou a fase oral do processo, em cada um dos três processos A 005/2007, A 006/2007 e A 007/2007, em 4 de dezembro de 2007, na ausência do recorrente, como resulta das atas da audiência. O processo A 006/2007 foi ouvido antes do processo A 005/2007.

64 No âmbito destes processos, a Sra. Menne compareceu na qualidade de perita do Bundessortenamt, agente do ICVV. Expôs nomeadamente que o material vegetal apresentado para o exame técnico da LEMON SYMPHONY em 1997 tinha indubitavelmente sido tratado com reguladores de crescimento, mas que contudo não se havia colocado nenhum problema durante este exame, «porque as plantas cresceram de forma completamente normal». A Sra. Menne indicou igualmente que, no momento em que foi realizado este exame técnico, «o efeito dos reguladores de crescimento tinha desaparecido» e afirmou que, «relativamente ao caso da LEMON SYMPHONY, não [havia] dúvidas quanto à qualidade dos testes efetuados em julho/agosto de 1997». O interveniente, por seu lado, afirmou que «os reguladores de crescimento em regra só atuam durante 4 a 6 semanas», especialmente no caso de *Osteospermum*.

65 Por decisão de 4 de dezembro de 2007 (processo A 006/2007), a Instância de Recurso julgou admissível mas negou provimento ao recurso interposto pelo recorrente da decisão relativa ao pedido de privação.

66 Por decisão de 4 de dezembro de 2007 (processo A 005/2007), a Instância de Recurso julgou admissível mas negou provimento ao recurso interposto pelo recorrente da decisão de indeferimento.

67 Por decisão de 4 de dezembro de 2007 (processo A 007/2007), a Instância de Recurso julgou inadmissível o recurso interposto pelo recorrente da decisão relativa à adaptação da descrição.

68 Em cada um destes três processos, a Instância de Recurso constatou previamente que o envio da convocatória para a fase oral do processo foi efetuado corretamente. Salientou, a este respeito, que embora fosse certo que o prazo de um mês fixado no artigo 59.º, n.º 1, do regulamento de execução não tinha sido respeitado, por a convocatória só ter sido enviada ao recorrente em 6 de novembro de 2007, desse facto não decorria nenhuma consequência porquanto a data de 4 de dezembro de 2007 tinha tido o acordo deste, em conformidade com o disposto na referida disposição. Com efeito, segundo a Instância de Recurso, o recorrente já tinha aceitado por escrito, em 9 de outubro de 2007, a data proposta por esta. Por outro lado, o recorrente não fez uso no prazo de dez dias, ou seja, o mais tardar até 19 de outubro de 2007, da possibilidade que lhe tinha sido concedida de apresentar alegações escritas em caso de existência de impedimento para assistir a essa audiência que assentassem em objeções fundamentadas. O recorrente estava assim consciente, desde esta última data, de que a convocatória se seguia ao acordo sobre a data. O aviso de receção da convocatória de 29 de outubro de 2007, assinado pelo recorrente em 6 de novembro de 2007, continha aliás a menção manuscrita «bereits not[iert]» (já anotada). A razão de ser da fixação de um prazo para proceder à convocatória, a saber, garantir a uma parte convocada um tempo de preparação de pelo menos um mês, ou um tempo mais curto se essa parte nisso consentir, foi assim respeitada.

69 Por outro lado, a Instância de Recurso indeferiu os pedidos do recorrente relativos à obtenção de um adiamento da data da audiência por motivo de comparência do seu advogado noutro órgão jurisdicional e de que o processo fosse suspenso até à adoção da decisão que põe termo à instância no processo de anulação (processo A 010/2007), ou pelo facto de os processos não estarem em estado de serem julgados ou de o processo de contrafação estar pendente perante os tribunais alemães.

70 O mandato da presidente da Instância de Recurso expirou em 16 de dezembro de 2007.

Tramitação processual na Instância de Recurso do ICVV no processo A 010/2007

71 Em 19 de outubro de 2007, o recorrente interpôs um recurso na Instância de Recurso, registado sob o número A 010/2007, da decisão relativa ao pedido de anulação.

72 Em apoio deste recurso, o recorrente alegou, em substância, que o material vegetal sobre o qual recaiu o exame técnico da LEMON SYMPHONY em 1997 era defeituoso. Referiu igualmente a possibilidade de as plantas enviadas terem sido objeto de estacaria e de essas estacarias terem em seguida sido utilizadas durante o referido exame técnico. Por outro lado, identificou as diferenças relativamente à descrição da LEMON SYMPHONY que tinha sido feita no Japão (v. n.º 6, *supra*). Apresentou o relatório de peritagem do Dr. Ludolph acima referido no n.º 16. Observou igualmente que as variedades referidas a título de exemplo nos princípios orientadores de exame aplicados a partir de 2001 tinham todas, com exceção da variedade NAIROBI, sido comparadas com a LEMON SYMPHONY em 1997. À luz das afirmações feitas pela Sra. Menne e pelo interveniente na audiência de 4 de dezembro de 2007 nos processos A 005/2007, A 006/2007 e A 007/2007, o recorrente propôs provar, através de uma peritagem, a sua afirmação segundo a qual as repercussões no exame de um tratamento com reguladores de crescimento não se limitavam a uma duração de quatro a seis semanas. Por último, o recorrente explicou que o seu pedido de anulação assentava nas disposições conjugadas do artigo 20.º, n.º 1, alínea a), e do artigo 7.º do regulamento. Em sua opinião, na medida em que uma variedade só pode ser qualificada de distinta se se distinguir, por referência à expressão das características que resultam de um genótipo específico ou de uma combinação de genótipos, só poderá haver distinção quando a expressão das características constatada resultar de um tratamento mecânico e com reguladores de crescimento.

73 Depois de ter sido convocado para a audiência, o recorrente opôs-se, num articulado complementar de 12 de janeiro de 2009, a que a Sra. Menne participasse na audiência e a que as suas declarações fossem tomadas em consideração.

74 O recorrente reiterou aliás nesse articulado a sua vontade de fazer prova, por meio de uma peritagem, de que os resultados do exame DUS da LEMON SYMPHONY realizado em 1997 não se explicavam pelo genótipo, mas pelo tratamento químico e mecânico ou pela circunstância de terem sido utilizadas estacarias das plantas enviadas. Para mais, o recorrente pediu expressamente para apresentar as provas que tinha proposto.

75 Em 23 de janeiro de 2009 realizou-se a fase oral do processo A 010/2007 na Instância de Recurso.

76 Por decisão de 23 de janeiro de 2009 (processo A 010/2007), notificada ao recorrente em 15 de abril de 2009, a Instância de Recurso julgou admissível mas negou provimento ao recurso interposto por este da decisão relativa ao pedido de anulação, no termo de uma fundamentação de que há que reproduzir os seguintes pontos:

«4. O recorrente fundamenta o seu recurso na afirmação segundo a qual o exame da variedade LEMON SYMPHONY realizado em 1997 estava errado uma vez que o material examinado não cumpria as exigências respeitantes ao material que deve ser fornecido, porquanto este último foi tratado com um regulador de crescimento e tratava-se de um vegetal em estaca. O Bundessortenamt indicou ao [ICVV] que a fiabilidade do exame corria o risco de ser afetada se esse material fosse utilizado, mas foi aconselhado a prosseguir o exame e a retirar estacarias do material fornecido. É prática corrente multiplicar através do processo de estacaria todas as variedades utilizadas no âmbito de um exame retirando as estacarias ao mesmo tempo para garantir que todos os materiais têm a mesma idade fisiológica. A questão relativa ao tratamento químico não é tão simples como o recorrente afirma. O protocolo técnico do ICVV TP 176/1 aplicável à *Osteospermum* exige que o material não tenha sido sujeito a tratamento químico exceto se as autoridades competentes autorizarem tal tratamento. Existia uma disposição similar em 1996 antes de [o referido protocolo] e um princípio orientador do [UPOV] terem passado a existir para esta variedade. O recorrente não parece tomar em conta o facto de que o exame de 1997 foi realizado no âmbito de um protocolo celebrado entre o Bundessortenamt e o [ICVV], pelo que as suas referências a uma descrição do UPOV estão erradas. No que respeita à influência de um tratamento com um regulador de crescimento, justifica-se concluir que este não influenciou o exame. O tipo de regulador de crescimento que é utilizado quando da multiplicação não tem habitualmente efeitos duradouros uma vez que o controlo posterior do crescimento do vegetal necessita de uma pulverização suplementar com reguladores de crescimento. A informação fornecida [pelo interveniente] segundo a qual só são utilizados reguladores de crescimento durante a fase inicial e que os seus efeitos se dissipam depois de quatro a seis semanas é convincente. A afirmação segundo a qual o exame não é válido devido à utilização de um material errado não procede.

[…]

A circunstância invocada pelo recorrente de que todas as variedades de referência mencionadas nos princípios orientadores [de exame TG/176/3] eram conhecidas em 1997 não é pertinente uma vez que a descrição da variedade está correta no que respeita às variedades que eram conhecidas pelo [ICVV] e pelo Bundessortenamt no momento em que a LEMON SYMPHONY foi examinada.

[…]

6. A variedade LEMON SYMPHONY que foi obtida a partir de um cruzamento genérico (*sic*) entre as espécies *Osteospermum* e *Dimorphoteca* é, enquanto tal, única não apenas devido às suas características morfológicas mas também devido ao seu período de floração contínuo que é mais comprido do que o das variedades atuais de *Osteospermum*. O relatório japonês a que os autos se reportam indica que as variedades de referência utilizadas constituíam variedades de

Dimorphoteca. Devido à característica única da LEMON SYMPHONY, não foi possível encontrar, no âmbito do exame realizado pelo Bundessortenamt em 1997, variedades de referência com as quais esta pudesse ter sido comparada.

[…]

7. O recorrente não alega que a LEMON SYMPHONY não se distingue de umas das variedades de referência do UPOV. O recorrente não citou o nome de uma única variedade que, no momento do pedido, não se distinguia da LEMON SYMPHONY, o que no entanto constitui precisamente o requisito do artigo 20.º, n.º 1, do [regulamento], mas assenta o seu recurso na tentativa de provar que a variedade não existia na sua forma atual e que o exame não era válido por o material fornecido ser errado.»

77 Por carta enviada à Instância de Recurso em 30 de março de 2009, o recorrente formulou uma série de críticas e de objeções tanto relativamente à ata da audiência como ao desenrolar desta, em 23 de janeiro de 2009, que estão, em sua opinião, viciadas por graves irregularidades cuja prova, perante o Tribunal, pretende fazer através do depoimento de testemunhas. Esta carta contém, nomeadamente, as seguintes alegações:

«2. Apresentação imprecisa do pretenso acordo celebrado entre o [ICVV] e o Bundessortenamt

a) A apresentação que figura na p. 2 da ata segundo a qual o [ICVV] transmitiu 'em seguida' uma cópia do acordo que celebrou com o Bundessortenamt dá uma imagem falseada e, desse modo, incorreta dos acontecimentos. O recorrente não teve possibilidade de se exprimir a propósito do 'acordo' apresentado pelo [ICVV] antes de a Instância de Recurso tomar a sua decisão sobre a participação da Sra. Menne na audiência.

Na realidade, momentos antes da prolação, o [ICVV] transmitiu à Instância de Recurso um documento sem o comunicar também ao recorrente.

Só durante a interrupção da audiência que se seguiu, quando a Instância de Recurso já se tinha retirado para deliberar, é que foi entregue ao recorrente uma cópia de um documento intitulado 'EXAMINATION OFFICE — DESIGNATION AGREEMENT' (Instituto de exame — mandato de representação). O recorrente não teve ocasião para se pronunciar sobre este documento antes da prolação e da decisão da Instância.

É por este motivo que o recorrente invoca uma violação do seu direito de ser ouvido. Com efeito, quando, no termo da sua prolação, a Instância anunciou a sua decisão de permitir que a Sra. Menne participasse na audiência, baseou também a sua decisão na circunstância de 'nenhum elemento do acordo celebrado entre o ICVV e o Bundessortenamt se opor' a que a Sra. Menne participe na audiência e, desse modo, no documento que lhe havia sido entregue. Tem de ser constatada uma violação do artigo 75.º do regulamento (…) uma vez que o recorrente não pôde tomar posição sobre este acordo nem oralmente nem por escrito.

b) Nem sequer as objeções que o recorrente, em seguida, invocou contra o documento apresentado pelo [ICVV] 'EXAMINATION OFFICE — DESIGNATION AGREEMENT' figuram na ata, embora haja que tomar em consideração no âmbito da decisão material:

A cópia entregue ao recorrente não comporta nenhuma assinatura. O recorrente indicou expressamente que o acordo não era, seja como for, válido depois de 31 de dezembro de 2006 (v. artigo 11.º, n.º 1, do referido acordo).

Baseando-se no artigo 11.º, n.º 1, do documento, o recorrente contestou também a resposta dada pelo presidente do [ICVV] na audiência segundo a qual o acordo apresentado era válido no momento do exame controvertido. Com efeito, em conformidade com esta cláusula, o acordo só era válido, no mínimo, desde 1 de janeiro de 2005. Este facto também não foi mencionado na ata.

A afirmação do presidente do [ICVV] segundo a qual o acordo foi prolongado foi também contestada, devido a falta de elementos neste sentido, pelo recorrente durante a audiência sem que esta contestação tenha sido retomada na ata.

Por último, a injunção enviada pela Instância de Recurso ao [ICVV] para apresentar uma versão válida do acordo também não figura na ata.

Com uma preocupação de sermos o mais exaustivos possível, permitimo-nos também observar que o documento comunicado ao recorrente nem sequer designa o Bundessortenamt como parte cocontratante do [ICVV]. Além disso, o artigo 15.º, n.º 2, do regulamento de execução exige que os atos do pessoal do Instituto de Exame sejam realizados 'em conformidade com os termos do acordo'. Por conseguinte, só a atos que estejam expressamente previstos no acordo pode ser conferida a qualidade de atos do [ICVV] oponíveis a terceiros. Não basta, por conseguinte, que o acordo 'nada diga' a propósito de determinados atos.

3. Indicações fornecidas pela Sra. Menne

A ata reproduz as indicações fornecidas pela Sra. Menne durante a audiência apenas de maneira incompleta e imprecisa:

a) O erro mais grave da ata é provavelmente o seguinte:

Durante a audiência, o recorrente perguntou à Sra. Menne se o exame DUS da variedade LEMON SYMPHONY tinha sido realizado em vegetais enviados pelo [interveniente] ou em vegetais cultivados a partir de estacarias retiradas destes últimos. A Sra. Menne respondeu a esta pergunta afirmando que não se recordava de nada a este propósito pelo que, neste dia, já não se podia pronunciar de forma afirmativa sobre a questão de saber se o exame DUS da variedade LEMON SYMPHONY foi realizado em vegetais enviados ou em vegetais da geração seguinte. Mas, por este motivo, há que considerar todas as declarações da Sra. Menne a propósito do desenrolar do exame como não tendo força probatória uma vez que não se vislumbra de que modo esta senhora se pode expressar sobre um exame cujo objeto lhe é desconhecido.

A afirmação da Sra. Menne segundo a qual pode confirmar que o regulador de crescimento utilizado na variedade LEMON SYMPHONY não teve nenhuma influência no exame técnico é, também ela, desprovida de valor. Com efeito, se a Sra. Menne já não se recorda dos vegetais que foram utilizados para realizar o exame, também não pode estabelecer uma relação entre os vegetais e o regulador de crescimento.

A ata também não se refere ao facto de a Instância de Recurso ter julgado inadmissível a questão do recorrente por meio da qual este último perguntou à Sra. Menne de que modo explicava a nota manuscrita que figura no processo do [ICVV] e segundo a qual foram realizadas estacas a partir dos vegetais enviados.

b) A constatação que figura na p. 4 da ata e segundo a qual a Sra. Menne não tinha nenhuma dúvida sobre o facto de que a influência de um regulador de crescimento não pode durar mais de um mês é errada. Na realidade, a Sra. Menne declarou que, em sua opinião, os reguladores de crescimento não produzem efeitos nos vegetais durante mais de seis a oito semanas.

c) Há também que considerar como imprecisa a constatação que figura na ata segundo a qual a Sra. Menne confirmou que em 1997, a variedade LEMON SYMPHONY era a única variedade deste tipo conhecida. Em contrapartida, a Sra. Menne justificou esta 'característica única' pelo facto de esta variedade — ao contrário de todas as variedades anteriormente conhecidas — florescer durante todo o ano sem fase de frio. O recorrente respondeu-lhe que esta característica não tinha nenhuma relação com a aparência exterior da variedade. Esta única característica não permite, por conseguinte, determinar se a variedade é distinta, na aceção do artigo 7.º do regulamento (…)

Seria conveniente que a Instância de Recurso tivesse em consideração os aspetos acima evocados no âmbito da sua decisão.

4. Provas que o recorrente se propunha apresentar nas alegações de 12 de janeiro de 2009

Nos n.os 48 e 49 das suas observações, o [ICVV] pediu à Instância de Recurso que indeferisse o pedido de apresentação de provas avançado pelo recorrente. No entanto, a ata não contém nenhuma indicação relativa às explicações apresentadas pelo recorrente a propósito das provas que se propunha apresentar que figuravam nas suas alegações de 12 de janeiro de 2009.

A ata também não contém referências ao facto de, durante a audiência, o recorrente ter proposto apresentar uma prova suplementar respeitante à sua afirmação segundo a qual o tratamento com reguladores de crescimento tinha produzido efeitos no momento do exame realizado em 1997. A este respeito, o recorrente propôs proceder a um novo teste em cultura com material vegetal em estacas, cortado e tratado quimicamente, e mandar avaliar esse teste por um perito independente.

5. Outras imprecisões e omissões

A ata caracteriza-se por uma série de outras imprecisões e omissões que resumiremos brevemente do seguinte modo:

a) Quando da tomada da decisão de permitir que a Sra. Menne participasse no resto da audiência, a Instância de Recurso não exigiu à Sra. Menne que se pronunciasse «na qualidade de perita». A constatação correspondente que figura na p. 3 da ata está errada e contradiz o segundo parágrafo da p. 4 segundo o qual, enquanto parte no processo, a Sra. Menne 'faz parte do [ICVV]'. O facto de no que diz respeito à audição da Sra. Menne, a Instância de Recurso não ter tomado uma decisão relativa às provas, na aceção do artigo 60.º, n.º 1, do Regulamento de execução, depõe igualmente contra a tese da qualidade de perito da Sra. Menne.

b) A observação que figura na ata segundo a qual o recorrente invoca (unicamente) a circunstância de que o exame DUS realizado em 1997 não 'era fiável' é imprecisa. Pelo contrário, o recorrente afirmou que o seu pedido de anulação assentava no argumento segundo o qual a variedade LEMON SYPHONY definida pela descrição da variedade de 1997 não era distinta uma vez que a constatação da expressão das características não se baseava no genótipo do vegetal examinado.

6. Pedido

O recorrente pede que a ata da audiência seja retificada e que as incorreções, as omissões e as imprecisões sejam corrigidas. A decisão material deve assentar no desenrolar da audiência conforme esta decorrer da ata retificada.»

78 Por mensagem de correio eletrónico de 7 de abril de 2009, a Instância de Recurso informou o recorrente de que as suas observações relativas à ata da audiência tinham sido comunicadas a título de informação às outras partes.

Tramitação processual

79 Por petição apresentada na Secretaria do Tribunal Geral em 3 de abril de 2008, o recorrente interpôs um recurso, registado sob o número T-133/08, da Decisão A 007/2007.

80 Por petição apresentada na Secretaria do Tribunal Geral em 4 de abril de 2008, o recorrente interpôs um recurso, registado sob o número T-134/08, da Decisão A 006/2007.

81 Por petição apresentada na Secretaria do Tribunal Geral em 13 de maio de 2008, o recorrente interpôs um recurso, registado sob o número T-177/08, da Decisão A 005/2007.

82 Por despacho do presidente da Sétima Secção do Tribunal Geral, de 3 de setembro de 2008, ouvidas as partes, os processos T-133/08, T-134/08 e T-177/08 foram apensos para efeitos da fase escrita, da fase oral e do acórdão.

83 Por requerimento apresentado na Secretaria do Tribunal Geral em 25 de fevereiro de 2009, o recorrente requereu poder apresentar um novo fundamento, em conformidade com o disposto no artigo 48.º, n.º 2, do Regulamento de Processo do Tribunal Geral. A esse requerimento foram anexadas as observações escritas apresentadas pelo ICVV, em 23 de janeiro de 2009, quando da fase oral na Instância de Recurso no processo A 010/2007. O referido ato e o seu anexo foram apensos aos autos, tendo as outras partes sido convidadas a apresentar as suas observações escritas a título de resposta. O ICVV deferiu este convite por requerimento apresentado na Secretaria do Tribunal Geral em 23 de março de 2009. O interveniente apresentou as suas observações na réplica.

84 Através de uma medida de organização do processo de 22 de junho de 2009, o Tribunal Geral (Sétima Secção) convidou as partes a comunicarem-lhe o seguimento que foi dado ao recurso no processo A 010/2007 e das consequências que, se fosse caso disso, havia de retirar da decisão da Instância de Recurso nesse processo, no que dizia respeito à continuidade da tramitação processual nos processos apensos T-133/08, T-134/08 e T-177/08. As partes satisfizeram este pedido nos prazos concedidos.

85 Por petição apresentada na Secretaria do Tribunal Geral em 24 de junho de 2009, o recorrente interpôs um recurso, registado sob o número T-242/09, da Decisão A 010/2007.

86 Por despacho do presidente da Sétima Secção do Tribunal Geral de 15 de junho de 2010, ouvidas as partes, os processos apensos T-133/08, T-134/08 e T-177/08 e o processo T-242/09 foram apensos para efeitos da fase oral e do acórdão.

87 Na sequência da alteração da composição das secções do Tribunal Geral a partir do início do novo ano judicial, o juiz relator foi afeto à Segunda Secção, pelo que os presentes processos foram, por conseguinte, atribuídos a esta Secção.

88 Com base no relatório do juiz-relator, o Tribunal (Segunda Secção) decidiu proceder à abertura da fase oral, em conformidade com o disposto no artigo 135.º-A do Regulamento de Processo, depois de ter constatado que algumas partes tinham apresentado um pedido fundamentado nesse sentido dentro do prazo concedido.

89 Na audiência de 28 de fevereiro de 2012, foram ouvidas as alegações das partes e as suas respostas às questões colocadas pelo Tribunal (Segunda Secção).

Pedidos das partes

90 No processo T-133/08, o recorrente conclui pedindo que o Tribunal se digne:

— anular a Decisão A 007/2007 e declarar nula a decisão relativa à adaptação da descrição;

— condenar o ICVV nas despesas.

91 No processo T-134/08, o recorrente conclui pedindo que o Tribunal se digne:

— anular a Decisão A 006/2007;

— condenar o ICVV nas despesas.

92 No processo T-177/08, o recorrente conclui pedindo que o Tribunal se digne:

— anular a Decisão A 005/2007;

— condenar o ICVV nas despesas.

93 No processo T-242/09, o recorrente conclui pedindo que o Tribunal se digne:

— anular a Decisão A 010/2007 ;

— condenar o ICVV nas despesas.

94 Caso o Tribunal considere que é necessário clarificar os factos, o recorrente pede por outro lado ao Tribunal que, neste mesmo processo T-242/09, sejam adotadas as seguintes medidas de organização do processo:

— recolher as provas propostas por este para fundamentar a afirmação segundo a qual a Sra. Menne, durante a audiência de 23 de janeiro de 2009, declarou que já não se recordava se o exame técnico da LEMON SYMPHONY tinha sido realizado em vegetais enviados ou em estacarias realizadas a partir destes últimos;

— recolher a prova proposta por este sob a forma de uma peritagem para fundamentar a sua afirmação segundo a qual o tratamento de material vegetal da espécie *Osteospermum* com reguladores de crescimento e através de um corte mecânico não «desaparece» durante um exame em cultura e que influencia os resultados do referido exame;

— na medida em que o Tribunal o considere necessário, recolher as outras provas propostas pelo recorrente durante o processo de recurso e no âmbito do presente recurso.

95 O ICVV conclui pedindo que o Tribunal se digne:

— julgar o recurso no processo T-133/08 inadmissível na parte em que é pedida a anulação da decisão relativa à adaptação da descrição e negar provimento ao recurso quanto ao demais;

— negar provimento aos recursos nos processos T-134/08 e T-177/08;

— julgar o recurso no processo T-242/09 inadmissível e, seja como for, negar-lhe provimento;

— condenar o recorrente nas despesas;

— declarar que não suportará as suas próprias despesas na hipótese e na medida em que um dos pedidos formulados no âmbito do recurso seja julgado procedente.

96 Por outro lado, o ICVV pede que seja indeferido o pedido de medidas de organização do processo apresentado pelo recorrente no processo T-242/09.

97 Em cada um dos processos T-133/08, T-134/08, T-177/08 e T-242/09, o interveniente conclui pedindo que o Tribunal se digne:

— negar provimento ao recurso;

— condenar o recorrente nas despesas.

Considerações preliminares sobre as relações existentes entre os quatro processos apensos e sobre a ordem em que há que examiná-los

98 Como salienta corretamente o recorrente nas suas alegações e como reiterou na audiência, os três primeiros processos apensos T-133/08, T-134/08 e T-177/08 estão ligados entre si por uma relação estreita de interdependência, e estão ainda mais ligados ao processo T-242/09 (processo de anulação de LEMON SYMPHONY) por uma relação de dependência, que justifica que o exame deste último processo seja prioritário no presente acórdão. Com efeito, em caso de anulação da Decisão A 010/2007, o desfecho deste processo é determinante para o desfecho dos três outros processos. Seguem-se, por ordem decrescente de prioridade e de dependência, o processo T-134/08 (processo de privação da LEMON SYMPHONY), em seguida o processo T-133/08 (adaptação da descrição da LEMON SYMPHONY) e, por último, o processo T-177/08 (pedido de concessão da proteção comunitária das variedades vegetais à SUMOST 01). Estes três últimos processos serão no entanto examinados em conjunto, mais à frente no presente acórdão, uma vez que as decisões recorridas no respetivo âmbito estão feridas do mesmo vício processual e da mesma violação dos direitos de defesa, como adiante se exporá nos n.os 216 e seguintes.

99 Na audiência, o recorrente indicou que já não sustentava a tese inicialmente defendida no âmbito do processo T-134/08 e que passava a defender a tese, seguida no âmbito do processo T-242/09, segundo a qual a LEMON SYMPHONY tinha permanecido estável, mas não tinha sido descrita de forma adequada em 1997. No entanto, não desistiu formalmente do seu recurso no processo T-134/08, pelo que há que prosseguir o seu exame.

Processo T-242/09

Quanto à admissibilidade

100 Na Decisão A 010/2007, a Instância de Recurso considerou que o recorrente, na sua qualidade de parte processual destinatária da decisão relativa ao pedido de anulação, tinha qualidade para interpor um recurso nessa instância.

101 O ICVV declara que não partilha deste ponto de vista e alega que o recorrente não tinha qualidade de parte no processo de anulação, uma vez que não formulou um pedido para este efeito nos termos do artigo 1.º, n.º 2, do regulamento de execução. Com efeito, segundo o ICVV, o referido processo, intentado ao abrigo do artigo 20.º do Regulamento, decorre em princípio de forma oficiosa. No entanto, o ICVV considera que o erro de direito assim cometido pela Instância de Recurso não tem consequências porque, em sua opinião, o recorrente podia interpor recurso da decisão relativa ao pedido de anulação noutra qualidade, a saber, enquanto pessoa a quem esta decisão diz direta e individualmente respeito.

102 Deste modo, o ICVV e o interveniente consideram que há que julgar o recurso inadmissível. Segundo estas partes, um pedido de anulação da proteção de que uma variedade goza só é admissível, à luz do artigo 20.º, n.º 1, alínea a), e do artigo 7.º do regulamento, se forem apresentados factos e provas que demonstrem que a referida variedade não se diferenciava por pelo menos uma característica pertinente na sua constituição genética de qualquer outra variedade notoriamente conhecida à data de apresentação do pedido de proteção. Ora, no presente caso, o recorrente invocou apenas vícios processuais, que não são pertinentes e não devem assim ser tomados em consideração pelo ICVV ou pela sua Instância de Recurso no âmbito de um processo de anulação nos termos do artigo 20.º do regulamento.

103 No entanto, não parece necessário tomar posição sobre estas questões uma vez que, como adiante se exporá, seja como for, há que negar provimento ao presente recurso. Segundo jurisprudência bem assente, cabe com efeito ao Tribunal Geral apreciar se uma boa administração da justiça justifica, nas circunstâncias do caso concreto, negar provimento ao recurso num processo sem apreciar a questão prévia de admissibilidade suscitada pela parte recorrida (acórdãos do Tribunal de Justiça de 26 de fevereiro de 2002, Conselho/Boehringer, C-23/00 P, Colet., p. I-1873, n.ºs 50 a 52, e de 22 de novembro de 2007, Cofradía de pescadores «San Pedro» de Bermeo e o./Conselho, C-6/06 P, não publicado na Coletânea, n.º 21).

Quanto ao mérito

104 Em apoio do seu recurso, o recorrente invoca quatro fundamentos relativos, respetivamente, à violação das disposições conjugadas dos artigos 76.º e 81.º do regulamento, à violação das disposições conjugadas dos artigos 20.º e 7.º do regulamento, à violação do artigo 75.º do Regulamento e à violação do artigo 63.º, n.ºs 1 e 2, do regulamento de execução.

Quanto ao primeiro fundamento, relativo à violação das disposições conjugadas dos artigos 76.º e 81.º do regulamento

— Argumentos das partes

105 O recorrente invoca uma violação do «princípio do exame oficioso» e a falta de coerência da decisão recorrida. A este respeito, diz que não contesta o resultado de uma apreciação das provas por parte da Instância de Recurso. Esta última, pelo contrário, proferiu uma decisão juridicamente errada por não ter recolhido nem apreciado as provas, tendo-se apenas baseado unilateralmente e sem verificação na argumentação não fundamentada de outro modo pelas outras partes no processo, qualificada de «convincente», sem ter em atenção as objeções pertinentes e fundamentadas nem as provas que ele se propôs apresentar.

106 Segundo o recorrente, a Instância de Recurso não podia, sem cometer um erro de direito, chegar à convicção de que a LEMON SYMPHONY tinha, em 1997, sido objeto de um exame técnico regular e que foi com razão que o ICVV constatou que estava presente a característica da distintividade desta variedade, na aceção do artigo 7.º do regulamento.

107 Mais concretamente, o recorrente alega, primeiro, que a Instância de Recurso violou os artigos 76.º e 81.º do regulamento por não ter aceitado uma única prova por si proposta, embora numerosos factos relativos ao exame técnico da LEMON SYMPHONY tivessem de ser provados e ele próprio tivesse pedido que se procedesse às correspondentes medidas de instrução.

108 A este respeito, o recorrente começa por referir que é facto assente que, contrariamente às exigências do Bundessortenamt, o material vegetal fornecido pelo interveniente em 1997, para efeitos do exame técnico, era constituído por produtos destinados à venda, em estacas, que tinham sido tratadas com reguladores de crescimento e cortadas. A discussão tem apenas por objeto os efeitos deste tratamento na aparência exterior relatada na descrição da variedade.

109 Em seguida, o recorrente acusa a Instância de Recurso, primeiro, de não ter examinado a questão de saber quais os vegetais em que o exame técnico foi realizado. A resolução desta questão reveste assim uma grande importância. Com efeito, o recorrente defendeu que caso tivessem sido retiradas estacarias em janeiro de 1997, os vegetais resultantes destas não poderiam, no momento da determinação das características em agosto de 1997, encontrar-se num estado de cultura comparável com o dos vegetais de comparação que foram objeto de testes em cultura, que deviam ter sido colocados à disposição do Bundessortenamt no início de dezembro de 1996, e tinha proposto provar as suas afirmações através de uma peritagem.

110 A este respeito, a afirmação da Instância de Recurso segundo a qual «[é] prática corrente multiplicar através do processo de estacaria todas as variedades utilizadas no âmbito de um exame retirando as estacarias ao mesmo tempo para garantir que todos os materiais têm a mesma idade fisiológica» é incoerente e não é corroborada pelas provas. A Instância de Recurso também não refere de modo nenhum que a «prática corrente» em questão foi efetivamente seguida, no presente caso, relativamente a todas variedades comparadas. Limitou-se a este respeito a mencionar um «conselho» dado pelo ICVV ao Bundessortenamt de prosseguir o exame retirando estacarias. Além disso, caso tenha querido defender a conceção segundo a qual a utilização de estacarias tinha excluído qualquer eventual influência, as suas outras afirmações relativas aos efeitos dos reguladores de crescimento foram supérfluas. Seja como for, a prova da «pressuposição» na qual a Instância de Recurso se baseou não está provada uma vez que esta não ordenou nenhuma medida de instrução destinada a fundamentar esta tese. Nem sequer é fundamentada pela exposição da Sra. Menne, uma vez que esta, na audiência na Instância de Recurso, expôs que já não se conseguia recordar se o exame técnico foi realizado em vegetais tratados ou em estacarias realizadas a partir destes últimos.

111 Se houver que interpretar a decisão recorrida no sentido de que a Instância de Recurso acreditou, também ela, que o exame técnico de 1997 foi realizado em vegetais química e mecanicamente tratados, o recorrente acusa em seguida a Instância de Recurso, em segundo, de ter procedido a constatações incoerentes e não fundamentadas em provas relativas à pretensa inexistência de efeitos do tratamento dos vegetais. A este respeito, o recorrente recorda que sempre defendeu que um exame técnico realizado em material vegetal química e mecanicamente tratado que, para mais, se encontra, como «produto destinado à venda em estacas», numa fase de cultura diferente daquele dos outros «jovens vegetais» utilizados para efeitos de comparação, não permite constatar a característica da distintividade de uma variedade em conformidade com o artigo 7.º do regulamento. Para provar as suas afirmações, nomeadamente quanto ao efeito duradouro dos reguladores de crescimento, propôs, por diversas vezes e novamente durante a audiência na Instância de Recurso, fazer prova através de uma peritagem e requereu que fossem ordenadas medidas de instrução nesse sentido.

112 As constatações efetuadas a este respeito pela Instância de Recurso, no n.º 4 da decisão recorrida (p. 7), não se baseiam na argumentação apresentada pelas partes durante o processo que correu perante si, mas em pressuposições que ela própria apresentou durante o processo. Também não decorrem dos autos e não estão fundamentadas em elementos de prova, uma vez que, não obstante os pedidos do recorrente, a referida Instância não ordenou nenhuma medida de instrução, tendo preferido privilegiar a argumentação da Sra. Menne. As afirmações da Instância de Recurso a propósito da inaplicabilidade dos princípios orientadores de exame TG/176/3 são, além disso, desprovidas de pertinência e, afinal, erradas, como atestado pela carta do Bundessortenamt de 6 de novembro de 1996. Por último, a Instância de Recurso não tomou em consideração o facto incontestável de que os vegetais enviados

pelo interveniente eram «produtos destinados à venda em estacas», ou seja, dito por outras palavras, vegetais totalmente desenvolvidos e quase a florescer, que não foi possível comparar com exemplares jovens.

113 O recorrente alega, em segundo lugar, que a Instância de Recurso ou não tomou em consideração numerosos elementos materiais por si invocados ou apreciou-os de forma manifestamente errada.

114 Neste contexto, o recorrente recorda que contestou constantemente a pretensa identidade, alegada pelo ICVV, entre os vegetais examinados em 1997 e em 2005 enquanto material vegetal da variedade LEMON SYMPHONY. Em sua opinião, o facto de a referida variedade, a partir de 2002, ter deixado de ser descrita da mesma maneira do que em 1997 permite concluir pela inexistência de fiabilidade do exame técnico desta variedade realizado nesse ano, devido ao tratamento aplicado ao material em 1997. A Instância de Recurso não examinou este argumento do recorrente, tendo chegado à conclusão, no n.º 5 da decisão recorrida (p. 8), de que os vegetais LEMON SYMPHONY dos anos 1997 e 2005 apresentavam uma aparência idêntica e que só devido à aplicação de um princípio diretor alterado é que a variedade tinha tido de ser descrita de forma diferente a partir de 2000. Segundo o recorrente, esta conclusão não é pertinente.

115 Primeiro, com efeito, nenhuma das partes contestou o argumento do recorrente segundo o qual aos vegetais examinados em 2001 como material vegetal da variedade LEMON SYMPHONY foram atribuídos, no que se refere à característica «Porte dos caules», o nível de expressão «ereto a semiereto (2)». Ora, durante esse ano de exame, os princípios orientadores de exame TG/176/3 já tinham sido aplicados, Por conseguinte, não é possível explicar de forma lógica o facto de que, relativamente a esta mesma característica, a aplicação deste princípio diretor só tenha justificado a atribuição do nível de expressão «semiereto a horizontal (5)» no ano de 2005. Pelo contrário, já devia ter sido constatada uma alteração significativa em 2001.

116 Segundo, a circunstância de terem sido os princípios orientadores de exame TG/176/3 a mencionar, pela primeira vez, exemplos de variedades para a característica «Porte dos caules», quando o «Quadro das características VI» não menciona nenhuma, também não é suscetível de fundamentar a decisão recorrida. Com efeito, o argumento do recorrente segundo o qual todas as variedades citadas a título de exemplo (com exceção da variedade NAIROBI) já tinham sido cultivadas no âmbito do exame técnico de 1997 também não foi contestado. Tendo efetivamente sido efetuada uma comparação destas variedades, a conclusão da Instância de Recurso não é pertinente. Por outro lado, o argumento do recorrente segundo o qual a variedade ZULU, que em 1997 foi comparada com a LEMON SYMPHONY, é uma variedade «ereta», não foi contestado. Por último, a nova versão do protocolo técnico do ICVV TP/176/1 datado de 2007 prova a inexistência de pertinência das afirmações da Instância de Recurso. Com efeito, segundo o recorrente, se os exemplos introduzidos em 2001 não refletissem corretamente a gama da *Osteospermum*, não poderiam ter sido retomados exatamente da mesma forma na versão de 2007.

117 Terceiro, a Instância de Recurso não teve em consideração a mensagem de correio eletrónico do Bundessortenamt de 22 de março de 2006, no qual este Instituto declarou que não tinha capacidade para elaborar, em 2006, uma descrição assente no Quadro das características VI utilizado em 1997. Segundo o recorrente, esta declaração contradiz a constatação da Instância de Recurso segundo a qual os vegetais apresentavam, em 2005, um fenótipo idêntico ao dos vegetais examinados em 1997. Com efeito, considera que se os vegetais fossem idênticos em 2005, deviam, em aplicação do Quadro das características VI, ter sido descritos de modo exatamente igual à descrição de 1997.

118 Quarto, o exposto na decisão recorrida a propósito do exame da LEMON SYMPHONY no Japão está errado. Ao contrário do que a Instância de Recurso afirma, tratava-se incontestavelmente da mesma variedade, pelo que teria sido necessário, segundo o recorrente, aprofundar a questão de saber por que motivo os vegetais foram apreciados de forma diferente no Japão.

119 Quinto, a Instância de Recurso não teve minimamente em consideração a peritagem realizada pelo Dr. Ludolph para o interveniente, da qual resultou que a LEMON SYMPHONY nunca foi uma variedade ereta. Uma apreciação correta deste aspeto devia, segundo o recorrente, ter levado a Instância de Recurso a concluir que, mesmo do ponto de vista do interveniente, o exame técnico da referida variedade em 1997 estava errado.

120 Sexto, por último, a decisão recorrida não toma minimamente em consideração a circunstância de que, excetuada a LEMON SYMPHONY, nenhuma outra variedade de *Osteospermum* foi objeto de adaptação.

121 O ICVV e o interveniente sustentam que o presente fundamento é improcedente, atendendo nomeadamente à margem de apreciação de que o ICVV dispõe quando do exame técnico de uma variedade e quando da utilização de materiais de cultura.

— Apreciação do Tribunal Geral

122 A título preliminar, há que recordar que, nos termos do artigo 20.º, n.º 1, alínea a), do regulamento, o ICVV anulará o direito comunitário de proteção das variedades vegetais «se verificar que» as condições referidas no artigo 7.º ou no artigo 10.º não estavam reunidas ao ser concedido esse direito.

123 Nos termos do artigo 76.º do regulamento, intitulado «Exame oficioso dos factos pelo [ICVV]», cuja violação é alegada no presente caso, o ICVV procederá a averiguações oficiosas dos factos durante o processo no Instituto, «na medida em que os mesmos devam ser objeto de exame nos termos dos artigos 54.º e 55.º» do referido regulamento.

124 Nos termos do artigo 54.º do regulamento, o ICVV procede ao exame material do pedido de proteção comunitária das variedades vegetais. Neste contexto examina, nomeadamente, se a variedade pode ser objeto de tal proteção em conformidade com o disposto no artigo 5.º e se a variedade é nova, nos termos do artigo 10.º do referido regulamento.

125 Nos termos do artigo 55.º do regulamento, se, com base no primeiro exame previsto, o ICVV não detetar nenhum impedimento ao reconhecimento do direito comunitário de proteção vegetal, providenciará para que o exame técnico destinado a verificar se foram respeitadas as condições estabelecidas nos artigos 7.º a 9.º (critérios DUS) seja efetuado em, pelo menos, um dos Estados-Membros, pelo organismo ou organismos competentes (organismo ou organismos de exame).

126 Há assim que constatar desde já que a disposição do artigo 76.º do regulamento, relativa ao exame oficioso dos factos, é literalmente inaplicável ao processo na Instância de Recurso quando perante esta tenha sido interposto recurso de uma decisão do ICVV que tenha recusado pronunciar, a pedido de uma parte, a nulidade de um título de proteção comunitária das variedades vegetais, uma vez que este processo não é abrangido pelos artigos 54.º e 55.º do regulamento.

127 Com efeito, no âmbito de tal processo, não incumbe à Instância de Recurso proceder ao exame material previsto no artigo 54.º nem ao exame técnico previsto no artigo 55.º do regulamento, nem sequer pronunciar-se sobre a legalidade desse exame realizado pelo ICVV no âmbito de um pedido de obtenção de um título comunitário de proteção das variedades vegetais.

128 Cabe-lhe apenas pronunciar-se, a pedido de uma parte interessada, sobre a legalidade de uma decisão do ICVV adotada ao abrigo do artigo 20.º, n.º 1, alínea a), do regulamento, que recusou declarar a proteção comunitária das variedades vegetais nula por não ter sido «verificado» por essa parte que as condições enumeradas no artigo 7.º ou no artigo 10.º do referido regulamento não estavam preenchidas no momento da concessão da proteção.

129 Quando um processo de anulação tenha sido iniciado não oficiosamente mas a pedido de uma parte interessada, os artigos 76.º e 81.º do regulamento, lidos em conjunto com o seu artigo 20.º, fazem assim recair sobre esta parte o ónus da prova de que estão reunidas as condições para que seja declarada essa nulidade.

130 É certo que esta determinação do ónus e da produção da prova difere sensivelmente do previsto no domínio da marca comunitária, no artigo 76.º do Regulamento (CE) n.º 207/2009 do Conselho, de 26 de fevereiro de 2009, sobre a marca comunitária (JO L 78, p. 1), nos termos do qual «[n]o decurso do processo, o Instituto procederá ao exame oficioso dos factos; contudo, num processo respeitante a motivos relativos de recusa do registo, o exame limitar-se-á às alegações de facto e aos pedidos apresentados pelas partes». Esta diferença do regime probatório pode no entanto explicar-se pela circunstância de que, ao contrário do que sucede com o regulamento sobre a marca comunitária, o regulamento não procede a uma distinção entre os motivos absolutos e os motivos relativos de recusa do registo.

131 Quanto ao demais, o regime implementado pelo regulamento é conforme com aquele que foi implementado, no domínio dos desenhos e modelos comunitários, pelo artigo 63.º, n.º 1, do Regulamento (CE) n.º 6/2002 do Conselho, de 12 de dezembro de 2001, relativo aos desenhos ou modelos comunitários (JO L 3, p. 1), nos termos do qual:

«No decurso do processo, o Instituto procederá ao exame oficioso dos factos. Contudo, em ações de nulidade, o exame limitar-se-á às alegações de facto e aos pedidos apresentados pelas partes.»

132 Acresce que este regime é conforme com os princípios gerais do direito e com as regras de processo aplicáveis em matéria de ónus e de produção da prova, nomeadamente o adágio *actori incumbit onus probandi*. Convém sublinhar, neste contexto, que, nos termos do artigo 81.º, n.º 1, do regulamento, cuja violação é também alegada no presente caso, na falta de qualquer disposição processual no referido regulamento ou no regulamento de execução, o ICVV aplicará os «princípios de direito processual geralmente reconhecidos nos Estados-Membros».

133 Nestas condições, há que julgar improcedente o primeiro fundamento por assentar na premissa errada de que o ónus da prova cabia, no presente caso, ao ICVV nos termos do disposto nos artigos 76.º e 81.º do regulamento.

134 Seja como for, não decorre das disposições do regulamento cuja violação é invocada que o processo no ICVV tem uma característica puramente inquisitória. Em especial, o «princípio do exame oficioso» enunciado, a propósito do exame técnico, no terceiro período do seu artigo 76.º, deve ser conciliado com a regra, enunciada no segundo período do mesmo artigo, segundo a qual o ICVV afasta os factos que não foram invocados e as provas que não foram apresentadas dentro do prazo fixado por si. Incumbe assim às partes no processo no ICVV invocar em tempo útil os factos que pretendem que este constate, apresentando as provas que pretendem que sejam utilizadas em apoio desses factos.

135 Na medida em que estas disposições são aplicáveis ao processo de recurso de uma decisão do ICVV adotada ao abrigo do artigo 20.º do regulamento que recusou decretar a nulidade do título comunitário de proteção das variedades vegetais atribuído a uma variedade vegetal, cabe assim à parte que invoca a referida nulidade invocar os factos e apresentar as provas que, em sua opinião, permitem provar que estão preenchidas as condições de aplicação do referido artigo 20.º do regulamento (v., por analogia, acórdão do Tribunal de Justiça de 17 de junho de 2010, Lafarge/Comissão, C-413/08 P, Colet., p. I-5361, n.º 29, e jurisprudência referida). Quando o ICVV não partilha a sua análise, incumbe pelo menos a essa parte fornecer indicações concretas e sustentadas em apoio das suas declarações. Se for caso disso, os elementos factuais e as provas assim invocados podem ser suscetíveis de obrigar a outra parte a fornecer uma explicação ou uma justificação, sem o qual a Instância de Recurso poderá concluir que foram cumpridas as regras em matéria de ónus da prova (v., por analogia, acórdão Lafarge/Comissão, já referido, n.º 30, e jurisprudência referida). Quanto ao

demais, a Instância de Recurso tem obrigação de examinar, com cuidado e imparcialidade, todos os elementos pertinentes do caso concreto, zelando pelo cumprimento dos princípios gerais de direito e das regras processuais aplicáveis em matéria de ónus e de produção da prova.

136 No presente caso, o recorrente acusa essencialmente a Instância de Recurso de se ter baseado exclusivamente na versão dos factos alegada pelo ICVV e pelo interveniente, sem recolher nem apreciar as provas por si propostas e, em especial, sem deferir o seu pedido de adoção de uma medida de instrução que consistisse, no caso concreto, numa peritagem para determinar, nomeadamente, o efeito dos reguladores de crescimento, pedido que formulou duas vezes durante a fase escrita (v. n.os 72 e 74, *supra*) e que reiterou na audiência na Instância de Recurso.

137 Contudo, a este respeito, o Tribunal considera oportuno aplicar por analogia à Instância de Recurso do ICVV, que é um órgão quase jurisdicional, a jurisprudência do Tribunal de Justiça segundo a qual um pedido de medidas de instrução formulado por uma parte não pode ser deferido se esta não apresentar um indício de prova suficiente para que haja que ordenar a realização dessas medidas (acórdão do Tribunal de Justiça de 28 de abril de 1966, ILFO/Alta Autoridade, 51/65, Colet. 1965-1968, p. 321, Recueil, p. 125).

138 Ora, nem durante o processo administrativo no ICVV nem durante o processo de recurso na Instância de Recurso, o recorrente apresentou em qualquer momento o menor elemento de prova ou o menor indício (como um estudo científico *ad hoc*, um excerto de uma publicação especializada, um relatório realizado a seu pedido, ou mesmo uma simples declaração de um perito em botânica ou em horticultura) suscetível de constituir um indício de prova da sua alegação, tantas vezes repetida, mas nunca fundamentada, e contradita por todos os outros intervenientes no processo, incluindo pelo Bundessortenamt e pelo Comité competente do ICVV, segundo a qual um tratamento mecânico e químico ou um processo de estacaria como os realizados no presente caso são suscetíveis de terem falseado o exame técnico da LEMON SYMPHONY em 1997.

139 Por outro lado, embora a Instância de Recurso tenha acabado por seguir a argumentação das outras partes no processo, não o fez «unilateralmente e sem verificação», como sustenta o recorrente, tendo-se apoiado nos seus próprios conhecimentos e na sua própria experiência na área da botânica, depois de ter examinado, nomeadamente, a questão de saber se ainda era possível, em 2005, para descrever a LEMON SYMPHONY utilizar os princípios orientadores de exame TG/176/3 em vigor em 1997, e tendo exposto as razões pelas quais entendeu seguir a tese do ICVV em vez de seguir a tese do recorrente, como decorre, nomeadamente, do n.º 4 da decisão recorrida. O recorrente não invoca, a este respeito, uma violação do dever de fundamentação.

140 Nestas circunstâncias, a violação alegada respeitante às regras relativas ao ónus e à produção de prova não foi provada de forma juridicamente bastante.

141 Ao invés, há que constatar que, a coberto de tal alegação e ao contrário do que o recorrente sustenta, este último pretende na realidade que o Tribunal proceda a uma nova apreciação dos factos e dos elementos de prova pertinentes.

142 A este respeito, há assim que distinguir se as constatações e as apreciações factuais efetuadas pela Instância de Recurso são ou não o resultado de apreciações complexas pertencentes ao domínio da botânica ou da genética, que exigem uma peritagem, conhecimentos científicos ou técnicos especiais.

143 Em caso de resposta afirmativa, com efeito, resulta da jurisprudência que a fiscalização que o Tribunal Geral deve exercer relativamente a tais constatações e apreciações factuais se refere ao erro manifesto [acórdão do Tribunal Geral de 19 de novembro de 2008, Schräder/ICVV (SUMCOL 01), T-187/06, Colet., p. II-3151, n.os 59 a 63, confirmado, em substância, em sede de recurso pelo acórdão do

Tribunal de Justiça de 15 de abril de 2010, Schräder/ICVV, C-38/09 P, Colet., p. I-3209, n.º 77]. É o caso, por exemplo, da apreciação da característica da distintividade de uma variedade à luz dos critérios enunciados no artigo 7.º, n.º 1, do regulamento.

144 Em caso de resposta negativa, em contrapartida, tratando-se de apreciações factuais que não apresentam complexidade científica ou técnica especial, resulta da referida jurisprudência que o Tribunal procede a uma fiscalização da legalidade total ou completa (acórdão SUMCOL 01, já referido, n.º 65, e acórdão Schräder/ICVV, já referido, n.º 77).

145 No presente caso, o recorrente acusa em primeiro lugar a Instância de Recurso de não ter examinado a questão de saber a partir de que material vegetal o exame técnico foi efetivamente realizado a partir de julho de 1997. O exame desta questão puramente factual não exige uma peritagem ou conhecimentos técnicos especiais e não apresenta nenhuma complexidade suscetível de justificar uma limitação da extensão da fiscalização jurisdicional.

146 Para responder a esta acusação do recorrente, basta no entanto observar que, quando a Instância de Recurso sublinhou, no n.º 4 da decisão recorrida, que «[é] prática corrente multiplicar através do processo de estacaria todas as variedades utilizadas ao mesmo tempo para garantir que todos os materiais têm a mesma idade fisiológica», constatou, de forma implícita mas certa, que tal também sucedeu no presente caso.

147 Ora, não apenas esta constatação é compatível com os dados objetivos do processo, nos termos em que estes dados resultam dos autos, mas a sua exatidão é para mais confortada tanto pela redação da nota manuscrita de 30 de janeiro de 1997, acima citada no n.º 11, «[o] Bundessortenamt fez estacarias, aguardar, TK 30/01/97», sendo TK as iniciais do funcionário do Bundessortenamt responsável à época pelo exame técnico, como pela circunstância de o exame técnico só ter sido efetuado meses mais tarde, em julho ou em agosto de 1997. Esta contestação também não foi contradita pelas afirmações feitas pela Sra. Menne na audiência na Instância de Recurso, porque esta declarou simplesmente que já não se recordava se o exame técnico foi realizado nos vegetais enviados pelo interveniente ou em estacarias retiradas destes.

148 A referida constatação é igualmente alvo de objeção por parte do recorrente segundo a qual, se as estacarias tivessem sido retiradas de vegetais fornecidos pelo interveniente em janeiro de 1997, os vegetais resultantes destas não teriam podido, no momento da determinação das características em agosto de 1997, encontrar-se num estado de cultura comparável com o dos vegetais de comparação que foram objeto de testes em cultura, colocados à disposição do Bundessortenamt em dezembro de 1996. Com efeito, baseando-se na sua própria experiência, a Instância de Recurso observou que a prática do processo de estacaria, qualificada por si de «corrente», se aplica a todas as variedades utilizadas no âmbito do exame técnico, para assegurar que todos os materiais têm a mesma idade fisiológica.

149 Trata-se de uma constatação de um facto considerado notório pela Instância de Recurso. Ora, segundo a jurisprudência do Tribunal de Justiça no contencioso da marca comunitária, os órgãos do IHMI não são obrigados a descrever, nas suas decisões, a exatidão dos factos notórios. Resulta igualmente da jurisprudência do Tribunal de Justiça que a constatação, por parte do Tribunal Geral, do caráter notório ou não dos factos em que a Câmara de Recurso do IHMI baseou a sua decisão constitui uma apreciação de natureza factual que, salvo em caso de desvirtuação, não está abrangida pela fiscalização do Tribunal de Justiça em sede de recurso de decisão do Tribunal Geral (v. acórdão do Tribunal de Justiça de 19 de abril de 2007, IHMI/Celltech, C-273/05 P, Colet., p. I-2883, n.ºs 39 e 45, e jurisprudência referida; v. despacho do Tribunal de Justiça de 3 de junho de 2009, Zipcar/IHMI, C-394/08 P, não publicado na Coletânea, n.º 42, e jurisprudência referida). O Tribunal considera oportuno transpor esta jurisprudência do Tribunal de Justiça, relativamente à primeira, para os órgãos do ICVV e, relativamente à segunda, para a fiscalização jurisdicional que o Tribunal Geral exerce sobre as decisões destes últimos órgãos.

150 No presente caso, o recorrente limitou-se a questionar a constatação a respeito da prática corrente do processo de estacaria, assim efetuada pela Instância de Recurso, bem como a sua aplicação ao presente caso, sem apresentar o menor indício ou elemento probatório nesse sentido. Nestas condições, atendendo à inexistência de prova em sentido contrário, há que confirmar que a referida constatação consubstancia um facto notório.

151 Há assim que julgar improcedente o primeiro fundamento do recorrente, confirmando pelo contrário a constatação da Instância de Recurso segundo a qual o exame técnico de 1997 foi realizado em estacarias retiradas dos vegetais enviados pelo interveniente.

152 Nestas condições, não há que examinar a segunda acusação do recorrente, por meio da qual este acusa a Instância de Recurso de ter procedido a constatações incoerentes e não fundamentadas através de provas relativas à pretensa inexistência, no presente caso, de efeitos decorrentes do tratamento dos vegetais através dos reguladores de crescimento. Com efeito, esta acusação só foi formulada se «houver que interpretar a decisão recorrida no sentido de que a Instância de Recurso acreditou, também ela, que o exame técnico de 1997 foi realizado em vegetais química e mecanicamente tratados», e não em estacarias retiradas desses vegetais. Ora, decorre do acima exposto que a Instância de Recurso excluiu semelhante postulado factual.

153 Seja como for, as constatações operadas a este respeito pela Instância de Recurso, a título exaustivo, no n.º 4 da decisão recorrida, assentam em apreciações complexas de caráter científico ou técnico, devendo a fiscalização jurisdicional destas limitar-se ao erro manifesto.

154 Ora, atendendo à margem de apreciação de que o ICVV dispõe no que respeita a apreciações botânicas complexas, dos argumentos apresentados pelo recorrente não decorre a existência de um erro manifesto que vicia as referidas constatações e apreciações.

155 No que se refere mais concretamente à questão relativa ao tratamento químico, há assim que referir que, quando a Instância de Recurso, que, nos termos do artigo 11.º, n.º 2, do regulamento de execução, é composta por membros com formação técnica e membros com formação jurídica, expôs, no n.º 4 da decisão recorrida, que o tipo de reguladores de crescimento que é utilizado quando da multiplicação não tem habitualmente efeitos duradouros uma vez que o controlo posterior do crescimento do vegetal necessita de uma pulverização suplementar com reguladores de crescimento, a Instância de Recurso baseou esta apreciação não apenas nas informações comunicadas pelo interveniente, qualificadas por si de «convincentes», segundo as quais só são utilizados reguladores de crescimento durante a fase inicial e que os seus efeitos se dissipam decorridos quatro a seis semanas, mas também na experiência prática e nos conhecimentos técnicos adquiridos pelos seus membros.

156 Na medida em que o recorrente pretende pôr em causa esta apreciação factual, cabe-lhe fornecer indicações concretas e fundamentadas que indiquem a respetiva inexatidão manifesta nas circunstâncias específicas do caso concreto.

157 Ora, o Tribunal recorda que em nenhuma fase dos quatro processos que intentou no ICVV e na sua Instância de Recurso, nem durante o processo no Tribunal Geral nem, aparentemente, durante os processos no Landgericht Düsseldorf, no Oberlandesgericht Düsseldorf e no Bundesgerichtshof, o recorrente apresentou o menor indício ou elemento de prova concreto suscetível de fundamentar as suas alegações, nomeadamente quanto ao efeito persistente dos reguladores de crescimento.

158 A propósito dos outros argumentos do recorrente, por meio dos quais este acusa a Instância de Recurso de não ter respondido às suas críticas relativas à falta de fiabilidade do exame técnico da LEMON SYMPHONY realizado em 1997, expressas à luz da evolução que a descrição técnica desta variedade conheceu desde 2001, há que afastá-los por serem inoperantes uma vez que, por um lado, já se admitiu que esse exame técnico, seja como for, foi realizado num material vegetal apropriado, a saber, nas estacarias retiradas inicialmente dos vegetais enviados pelo interveniente ao

Bundessortenamt, e que, por outro lado, o recorrente não identificou nenhuma outra variedade vegetal da qual a LEMON SYMPHONY, mesmo descrita como tendo um porte dos caules «semivertical a horizontal», se distinguisse claramente em 1997. Esta apreciação é consistente com argumentação desenvolvida a título principal pelo ICVV e pelo interveniente, em resposta ao presente fundamento.

159 Com efeito, nestas circunstâncias, ainda que se admita que, como sustenta o recorrente, o exame técnico de 1997 conduziu a uma conclusão errada relativa ao nível de expressão atribuído para a característica «Porte dos caules», e que se devia ter atribuído desde 1997 à LEMON SYMPHONY, para esta característica, um nível de expressão diferente do que foi atribuído no relatório de exame do Bundessortenamt desse ano, esse facto não teve nenhuma incidência no que respeita à apreciação da característica da distintividade desta variedade, na aceção do artigo 7.º do regulamento, uma vez que esta não foi determinada de forma exclusiva, nem se determinou de forma nenhuma, por referência à citada característica.

160 A este respeito, o Tribunal sublinha, por um lado, que a descrição adaptada da LEMON SYMPHONY de 2006 só difere da descrição original de 1997 no que se refere à característica «Porte dos caules», para o qual o nível de expressão atribuído passou de «ereto» (v. n.º 12, *supra*) para «semiereto a horizontal» (v. n.º 25, *supra*).

161 Por outro lado, o Tribunal sublinha que o recorrente não logrou provar que desta alteração não decorre que os critérios DUS não estavam preenchidos em 1997. Daqui resulta que, ainda que a LEMON SYMPHONY tivesse sido descrita desde o início como tendo um nível de expressão «semiereto a horizontal» para a característica «Porte dos caules», teria obtido um título de proteção comunitária das variedades vegetais.

162 É certo que o recorrente sustentou, durante o processo na Instância de Recurso, que se o exame de SUMOST 01 tivesse sido realizado através da utilização, para efeitos de exame comparativo, da descrição inicial da LEMON SYMPHONY, estas duas variedades teriam sido consideradas como sendo claramente distintas (v. Decisão recorrida A 007/2007, p. 2). Contudo, esta tese foi expressamente afastada pela Instância de Recurso, que salientou na decisão recorrida que «[o] processo de exame não teria seguido um curso diferente se o Instituto não tivesse imediatamente adaptado e registado a descrição da variedade...» [The test procedure would not have taken a different course if the Office had not immediately adapted and registered the variety description…] Além disso, o recorrente não pôs especificamente em causa esta apreciação no âmbito do presente recurso.

163 Seja como for, à luz das considerações de ordem técnica expressas na decisão recorrida, que são sujeitas a uma fiscalização marginal, bem como à luz dos argumentos apresentados a título de resposta pelo ICVV e pelo interveniente, os argumentos de ordem técnica do recorrente não podem ser acolhidos.

164 Em especial a circunstância de o material vegetal enviado pelo interveniente ao Bundessortenamt não responder às exigências impostas por este Instituto, na sua mensagem de correio eletrónico de 6 de novembro de 1996, não é determinante. O referido Instituto indicou, com efeito, que o exame técnico corria o risco de ser afetado, mas não que tinha passado a ser irrealizável. Como observa corretamente o interveniente, decorre do poder de apreciação do instituto nacional competente examinar e decidir, durante o exame técnico, se o material vegetal enviado é efetivamente inapropriado ou se, como no presente caso, o processo de estacaria permite suprir os erros de que esta inicialmente enfermava.

165 Quanto ao demais, a única questão litigiosa que está em principio sujeita à fiscalização jurisdicional plena do Tribunal, como refere corretamente o recorrente, é a de saber se os níveis de expressão suscetíveis de serem atribuídos para a característica «Porte dos caules» devem ser determinados em função dos critérios relativos ou absolutos. Com efeito, esta questão requer mais conhecimentos linguísticos do que botânicos.

166 No âmbito do exercício desta fiscalização, há no entanto que constatar que, ao contrário do que o recorrente sustenta, a característica «Porte dos caules», de que os níveis de expressão vão, segundo os princípios orientadores de exame, de «ereto» a «pendente», passando por «semiereto» e «horizontal» bem como pelas nuances intermédias, não é, salvo em casos extremos, uma característica «absoluta» que pode ser determinada de forma rigorosamente objetiva pela medida única do ângulo de inclinação dos caules, mas uma característica que, devido à sua expressão concreta, pode, eventualmente, ser objeto de uma apreciação comparativa relativa entre variedades de uma mesma espécie, como resulta claramente do documento do Bundessortenamt de 18 de maio de 2005 junto como anexo A 27 à petição no processo T-177/08.

167 Ora, segundo o Bundessortenamt, a atribuição à LEMON SYMPHONY em 1997, para a descrição da característica «Porte dos caules», do nível de expressão «ereto» resulta da comparação desta variedade com as variedades de referência que se encontram em teste de cultura e da constatação de que a LEMON SYMPHONY era «a mais ereta» entre as variedades que foram objeto dos testes do ano. Em seguida, a multiplicação do número de variedades da espécie *Ostespermum ecklonis* e a alteração dos princípios orientadores de exame levaram o Bundessortenamt a propor uma adaptação desta descrição pela indicação do nível de expressão «semiereto a horizontal». Contudo, a LEMON SYMPHONY permaneceu idêntica àquilo que era entre 1997 e 2005. Não se trata de uma alteração material da descrição que afeta a identidade da variedade, mas de uma simples alteração dos termos inicialmente escolhidos, que não altera a identidade da variedade, permitindo apenas melhor descrevê-la, em especial delimitando-a relativamente a outras variedades da espécie.

168 O Tribunal considera que estas explicações estão suficientemente circunstanciadas e são convincentes para resistir solidamente à tentativa de refutação desenvolvida na argumentação do recorrente.

169 Quanto ao demais, as fotografias utilizadas tanto nos tribunais cíveis alemães como no processo no ICVV (v. n.º 28, *supra*) confirmam, pelo menos aos olhos de um observador profano, que o porte dos caules da LEMON SYMPHONY não se alterou de forma sensível entre 1997 e 2005.

170 À luz das considerações que precedem, há que rejeitar o primeiro fundamento por ser em parte improcedente e em parte inoperante.

Quanto ao segundo fundamento, relativo à violação das disposições conjugadas dos artigos 20.º e 7.º do regulamento

— Argumentos das partes

171 O recorrente acusa a Instância de Recurso de ter negado provimento ao seu recurso apenas pelo motivo, enunciado no n.º 7 da decisão recorrida (p. 9), de que «não citou o nome de uma única variedade que, no momento do pedido, não se distinguia da LEMON SYMPHONY, o que no entanto constitui precisamente o requisito do artigo 20.º, n.º 1, do regulamento». Deste modo, a Instância de Recurso violou o âmbito das disposições dos artigos 7.º e 20.º do regulamento.

172 Na medida em que, para efeitos da aplicação do artigo 20.º, n.º1, alínea a), do regulamento, há que, na opinião do recorrente, basear-se na variedade protegida na forma definida pela sua descrição oficial, a proteção deve ser declarada nula se e na medida em que o ICVV constate que a variedade protegida não foi descrita através de expressões de características resultantes do genótipo da variedade, mas através de expressões imputáveis a um tratamento químico ou mecânico. Fica assim provado que a variedade inicialmente descrita nunca existiu. É o que sucedeu precisamente no presente caso.

173 O ICVV e o interveniente contestam esta argumentação.

— Apreciação do Tribunal Geral

174 O presente fundamento assenta na premissa segundo a qual a variedade LEMON SYMPHONY «não foi descrita através de expressões de características resultantes do genótipo da variedade, mas através de expressões imputáveis a um tratamento químico ou mecânico», em 1997.

175 Tendo esta premissa sido já rejeitada no âmbito do exame do primeiro fundamento por carecer de fundamentos factuais, o presente fundamento só pode assim ser também ele julgado improcedente.

Quanto ao terceiro fundamento, relativo à violação do artigo 75.º do regulamento

— Argumentos das partes

176 O recorrente sustenta que a Instância de Recurso baseou a sua decisão em fundamentos em relação aos quais o recorrente não se pronunciou, oralmente ou por escrito, antes da adoção daquela decisão. Acrescenta que estes erros processuais foram determinantes na apreciação da Instância de Recurso.

177 Estão em causa os fundamentos referentes à «prática» pretensamente «corrente» da utilização de estacarias para efeitos do exame comparativo, à pretensa inexistência de efeito duradouro do tipo de regulador de crescimento que foi utilizado quando da multiplicação do material da LEMON SYMPHONY para efeitos do exame técnico, à constatação segundo a qual no relatório japonês que figura nos autos constava que as variedades de referência utilizadas eram da espécie *Dimorphoteca* e à constatação segundo a qual, em 1997, o Bundessortenamt não pôde encontrar variedades de referência com as quais a referida variedade pudesse ter sido comparada.

178 O ICVV e o interveniente contestam esta argumentação.

— Apreciação do Tribunal Geral

179 Nos termos do artigo 75.º do regulamento, as decisões do ICVV serão fundamentadas e basear-se-ão exclusivamente em motivos ou elementos de prova sobre os quais as partes no processo tenham tido oportunidade de se pronunciar oralmente ou por escrito.

180 A observância dos direitos de defesa, princípio geral do direito da União, que o artigo 75.º do regulamento visa assegurar através do ICVV, implica, regra geral, que às partes de um processo tenha sido dada possibilidade de tomarem posição sobre os factos e os documentos nos quais assentará uma decisão judicial bem como discutir os elementos de prova e as observações apresentadas perante o juiz e os fundamentos nos quais este entende basear a sua decisão. Para cumprir os requisitos de um processo equitativo, é necessário que as partes possam debater tanto os elementos de facto como de direito que são decisivos para o resultado do processo (v. acórdão do Tribunal de Justiça de 17 de dezembro de 2009, M/EMEA, C-197/09 RX-II, Colet., p. I-12033, n.º 41, e jurisprudência referida).

181 Por outras palavras, este direito deve ser entendido no sentido de que garante que as partes não sejam confrontadas com uma decisão judicial totalmente inesperada. Tal não significa, no entanto, que o juiz deva conceder às partes o direito de serem ouvidas a propósito de cada ponto da sua apreciação jurídica antes de proferir a sua decisão (acórdão do Tribunal Geral de 12 de maio de 2010, Bui Van/Comissão, T-491/08 P, n.º 85).

182 No que respeita ao fundamento relativo à «prática corrente» da utilização de estacarias para efeitos do exame comparativo, já foi referido, no âmbito do exame do primeiro fundamento, que este respeita à constatação de um facto notório. Não estando os órgãos do ICVV obrigados a referir, nas suas

decisões, a exatidão de tais factos, os direitos da defesa do recorrente não podem ter sido violados apenas devido a tal constatação, ainda que a questão não tenha sido debatida por escrito ou na audiência na Instância de Recurso.

183 Seja como for, não se pode dar crédito ao recorrente quando alega que ignora a existência dessa prática, cuja realidade é admitida tanto pelo ICVV como pelo interveniente. Deste modo, tanto no seu recurso da decisão relativa ao pedido de anulação, interposto na Instância de Recurso em 19 de outubro de 2007, como nas suas alegações complementares de 12 de janeiro de 2009, o próprio recorrente referiu a possibilidade de as plantas enviadas pelo interveniente terem sido objeto de estacaria e de essas estacas terem em seguida sido utilizadas no exame técnico (v. n.os 72 e 74, *supra*).

184 Quanto ao demais, o presente fundamento é inoperante na medida em que tem por objeto os outros fundamentos da decisão recorrida a que o recorrente se refere. Com efeito, esses outros fundamentos têm uma característica de exaustividade na apreciação da Instância de Recurso, conforme resulta do exame do primeiro fundamento. Por conseguinte, a alegada violação dos direitos de defesa respeitante à formulação daqueles fundamentos, ainda que fosse provada, não seria suscetível de determinar a anulação da decisão recorrida.

185 Há que rejeitar o terceiro fundamento por ser em parte improcedente e em parte inoperante.

Quanto ao quarto fundamento, relativo à violação do artigo 63.º, n.os 1 e 2, do regulamento de execução

— Argumentos das partes

186 O recorrente sustenta que, durante a audiência de 23 de janeiro de 2009 na Instância de Recurso bem como na ata desta audiência (junta como anexo K 12 à petição), os seus direitos resultantes do artigo 63.º do regulamento de execução foram «gravemente violados». Alega que a ata não foi lida em voz alta a nenhuma das partes e que esta ata não foi, por conseguinte, aprovada por nenhuma das partes. Além disso, a ata contém numerosas imprecisões. As declarações das partes no processo, nomeadamente as da Sra. Menne, que lhe eram favoráveis, não foram retomadas na ata, o que torna consideravelmente mais difícil a reivindicação dos seus direitos. O recorrente remete, quanto ao demais, para as suas alegações de 30 de março de 2009 apresentadas na Instância de Recurso, acima reproduzidas no n.º 77.

187 O ICVV e o interveniente contestam esta argumentação.

188 Tendo o interveniente sustentado de forma mais específica que a ata foi efetivamente lida, na medida em que o presidente da Instância de Recurso a ditou para um gravador durante a audiência, o recorrente replica, com base na fé conferida pela certificação pessoal do seu advogado, que esta última afirmação relativa à gravação da ata da audiência e à sua leitura às partes é falsa. Propõe-se fazer prova através da audição na qualidade de testemunhas do presidente da Instância de Recurso e do presidente do ICVV.

— Apreciação do Tribunal Geral

189 Nos termos do artigo 63, n.os 1 e 2, do regulamento de execução:

«1. Será lavrada uma ata do processo oral e da instrução, que deve indicar o essencial da tramitação do processo oral ou da instrução, as declarações relevantes das partes no processo, os depoimentos das partes no processo, testemunhas e peritos e o resultado de eventuais inspeções no local.

2. A ata do depoimento de uma testemunha, perito ou parte no processo será lida na sua presença ou ser-lhe-á apresentada para análise. O cumprimento desta formalidade será mencionado na ata, que deve igualmente indicar que os seus termos foram aprovados pela pessoa que prestou o depoimento. No caso de a ata não ser aprovada, serão averbadas as objeções.»

190 Assim, a função primeira da ata da audiência (e da instrução que eventualmente a acompanha), independentemente de ser no Tribunal Geral ou perante um órgão quase jurisdicional, como a Instância de Recurso do ICVV, consiste em conter os elementos «essencia[is]» (artigo 63, n.º 1, do regulamento de execução) da fase oral do processo e da instrução. Não se trata de modo nenhum de uma transcrição da audiência, nem sequer de um relatório exaustivo desta, que reproduzam detalhadamente as discussões ocorridas.

191 Por outro lado, é corrente que nas jurisdições da União as declarações «relevantes» das partes no processo, a saber, as declarações que são suscetíveis de terem uma incidência na resolução do litígio (como a desistência de um pedido, a atribuição de um valor a um pedido, a confissão de um facto pertinente ou a invocação de um argumento ou de um facto novo) sejam lavradas pelo secretário na ata da audiência, oficiosamente ou no seguimento de pedido do juiz ou de uma parte.

192 É à luz destas considerações de ordem geral que há que examinar as diversas acusações do recorrente.

193 No que se refere, primeiro, à acusação relativa ao facto de pretensamente a ata não ter sido lida e, por conseguinte, não ter sido aprovada pelas partes, basta constatar que não há, no presente caso, «depoimento de uma testemunha, perito ou parte no processo», na aceção do artigo 63.º, n.º 2, do regulamento de execução, pelo que a «pessoa que prestou o depoimento» não tinha de proceder à leitura da ata, nem de proceder à sua aprovação. Os argumentos do recorrente que assentam na omissão destas formalidades devem assim ser rejeitados por não serem pertinentes.

194 No que se refere, segundo, à acusação relativa às pretensas «numerosas imprecisões constantes da ata», esta deve ser rejeitada desde já uma vez que o recorrente não as identifica. No entanto, na medida em que esta acusação se confunde com as formuladas na carta de 30 de março de 2009 enviada pelo recorrente à Instância de Recurso, e repetidas na petição inicial do T-242/09, remete-se para o n.º 196, *infra*.

195 No que se refere, terceiro, à acusação relativa à inexistência de referências na ata às declarações essenciais das partes no processo, nomeadamente as da Sra. Menne, que eram favoráveis ao recorrente, há também que rejeitá-la por carecer da mais elementar precisão. Contudo, na medida em que, por meio desta acusação, o recorrente se refere à declaração nos termos da qual a Sra. Menne disse já não se recordar se o exame técnico da LEMON SYMPHONY em 1997 foi realizado nos vegetais enviados pelo interveniente ao Bundessortenamt ou em estacarias retiradas destes, há igualmente que rejeitá-la, uma vez que a decisão recorrida, ao mesmo tempo que constata implicitamente que o exame técnico de 1997 foi realizado a partir de estacarias, tinha também, em substância, considerado tanto uma como a outra possibilidade para concluir, seja como for, pela regularidade do exame técnico. Com efeito, nestas circunstâncias, a declaração da Sra. Menne não pode ser qualificada de essencial.

196 No que se refere, em quarto lugar, às acusações formuladas na carta do recorrente de 30 de março de 2009, conforme foram repetidas na petição inicial e acima reproduzidas no n.º 77, há que acrescentar o seguinte:

— a acusação relativa à alegada «[a]presentação imprecisa do pretenso acordo celebrado entre o [ICVV] e o Bundessortenamt», respeitante, em especial, à participação da Sra. Menne na audiência, na qualidade de perita técnica interna, agente do ICVV, é desprovida de pertinência na

medida em que, no âmbito do presente recurso (e ao contrário do que sucede nos processos T-133/08, T-134/08 e T-177/08), o recorrente não invoca nenhum fundamento de anulação assente na circunstância dessa participação;

— a acusação relativa à não indicação na ata das «[i]ndicações fornecidas pela Sra. Menne» na audiência confunde-se, no que respeita ao ponto 3, alínea a), da carta do recorrente de 30 de março de 2009, com a acusação acima examinada no n.º 195; por outro lado, deve ser rejeitada, no que respeita ao ponto 3, alíneas b) e c), da referida carta, por não existir uma articulação compreensível com os fundamentos e argumentos do presente recurso;

— a acusação relativa à omissão na ata das «[p]rovas que o recorrente se propunha apresentar», formuladas na audiência, deve ser rejeitada pelos motivos acima expostos nos n.os 136 a 140;

— a acusação relativa às «[o]utras imprecisões e omissões» confunde-se, no que respeita ao ponto 5, alínea a), da carta do recorrente de 30 de março de 2009, com a acusação acima exposta no primeiro travessão; por outro lado, deve ser rejeitada, no que respeita ao ponto 5, alínea b), da referida carta, por não existir uma articulação compreensível com os fundamentos e argumentos do presente recurso.

197 O quarto fundamento do recurso deve assim ser julgado improcedente.

Pedidos quanto ao mérito no processo T-242/09

198 Decorre de todas as considerações que precedem que há que negar provimento ao recurso no processo T-242/09, sem que o Tribunal tenha de se pronunciar sobre os pedidos de medidas de organização do processo formulados pelo recorrente (v. n.º 94, *supra*).

Processos T-133/08, T-134/08 e T-177/08

Quanto ao mérito dos recursos

Exposição geral dos diferentes fundamentos dos recursos

199 Em apoio do seu recurso no processo T-133/08, o recorrente invoca cinco fundamentos relativos, respetivamente, à violação do artigo 59.º, n.º 2, do regulamento de execução, à violação do artigo 75.º do regulamento, à violação das disposições conjugadas do artigo 71.º, n.º 1, e do artigo 68.º do regulamento, à violação do artigo 73.º do regulamento e do artigo 230.º CE e, por último, à violação do artigo 48.º do regulamento.

200 Em apoio do seu recurso no processo T-134/08, o recorrente invoca quatro fundamentos relativos, respetivamente, à violação do artigo 59.º, n.º 2, do regulamento de execução, à violação das disposições conjugadas do artigo 71.º, n.º 1, e dos artigos 21.º, 67.º e 68.º do regulamento, à violação do artigo 73.º do regulamento e do artigo 230.º CE e, por último, à violação do artigo 48.º do regulamento.

201 Em apoio do seu recurso no processo T-177/08, o recorrente invoca seis fundamentos relativos, respetivamente, à violação do artigo 59.º, n.º 2, do regulamento de execução, à violação do artigo 75.º do regulamento, à violação das disposições conjugadas dos artigos 81.º, n.º 2, e 48.º do regulamento, à violação do artigo 60.º do regulamento de execução, à violação do artigo 62.º do regulamento e, por último, à violação do artigo 48.º do regulamento. O fundamento novo cuja apresentação foi requerida por requerimento de 25 de fevereiro de 2009 (v. n.º 83, *supra*) relaciona-se com o terceiro destes fundamentos e será, se for caso disso, examinado em conjunto com este.

202 Há que examinar, a título prioritário, o fundamento, comum aos três recursos, relativo à violação do artigo 59.º, n.º 2, do regulamento de execução e do direito a ser ouvido.

Quanto ao fundamento, comum aos três recursos, relativo à violação do artigo 59.º, n.º 2, do regulamento de execução e do direito a ser ouvido

— Argumentos das partes

203 O recorrente sustenta que a adoção das três decisões recorridas violou o seu direito a ser ouvido e o artigo 59.º, n.º 2, do regulamento de execução, uma vez que a fase oral decorreu, em 4 de dezembro de 2007, numa audiência para a qual não foi convocado de forma regular e à qual se recusou a assistir por motivos legítimos.

204 Segundo o ICVV, o recorrente não pode invocar o facto de que só recebeu a convocatória em 6 de novembro de 2007, uma vez que a data da audiência prevista tinha sido previamente acordada com ele e que se desvinculou desse acordo, apresentando fundamentos nesse sentido, dentro do prazo que lhe foi concedido para esse efeito no âmbito da preparação da fase oral do processo.

205 O ICVV sublinha, primeiro, que o artigo 59.º, n.º 1, do regulamento de execução não se opõe a que a Instância de Recurso e as partes no processo se ponham de acordo sobre a data da fase oral do processo. Esta forma de atuar é também indicada atendendo ao grande número de pessoas envolvidas no processo e ao facto de o prazo mínimo de um mês previsto nesta disposição ser curto.

206 O ICVV sustenta, em segundo, que, como resulta da mensagem de correio eletrónico de 20 de setembro de 2007 enviada pelo secretariado da Instância de Recurso à presidente desta, a data da audiência já tinha sido acordada nesse momento, pelo que a telecópia enviada pela Instância de Recurso às partes em 9 de outubro de 2007 só pode ser qualificada de confirmação escrita desse acordo. O prazo que terminou em 19 de outubro de 2007, concedido às partes nessa telecópia, não é um prazo para um acordo, mas um prazo para invocar objeções à realização da audiência que assentassem apenas em motivos de impedimento relativos à data fixada. Ora, a carta do recorrente de 19 de outubro de 2007 não contém nenhum argumento que permita reconhecer semelhantes objeções.

207 O ICVV sustenta, em terceiro, que as observações da presidente da Instância de Recurso, nas suas mensagens de correio eletrónico de 17 de outubro e de 5 de novembro de 2007, relativas ao pagamento das taxas no processo A 007/2007, não significam que a data acordada tivesse sido posta em causa.

208 Caso o Tribunal não siga a tese segundo a qual já tinha sido acordada uma data em outubro de 2007, o ICVV sustenta, em quarto, que há que compreender o acordo no sentido de que as partes no processo tinham acordado um prazo de envio da convocatória mais curto, na aceção do artigo 59.º, n.º 1, do regulamento de execução.

209 Seja como for, o ICVV sustenta, em quinto, que o sentido e a finalidade do prazo de envio da convocatória, que consistem em permitir que as partes adotem as medidas úteis para efeitos da sua participação na fase oral do processo e em conceder-lhes um tempo de preparação suficiente, foram respeitados no presente caso. Além disso, o facto de o prazo mínimo de um mês não ter sido respeitado apenas por dois dias é uma «bagatela» que o recorrente não pode invocar atendendo aos antecedentes. Tal «manobra» deve ser qualificada de abusiva, atendendo aos factos que antecederam a convocatória. Por último, o ICVV qualifica o pretenso vício processual de «insignificante» e invoca a jurisprudência segundo a qual um recorrente não tem nenhum interesse legítimo na anulação por vício de forma de uma decisão nos casos em que a administração apenas pode adotar uma decisão

nova idêntica (acórdão do Tribunal de Justiça de 6 de julho de 1983, Geist/Comissão, 117/81, Recueil, p. 2191, n.º 7). É o que sucede no presente caso uma vez que, segundo o ICVV, a conclusão da Instância de Recurso estava correta quanto ao mérito.

210 Por último, quanto à notificação do advogado do recorrente no Landgericht Hamburg, em 5 de dezembro de 2007, o ICVV refere que esta notificação é posterior ao acordo existente no presente caso e acrescenta que o interessado poderia ter comparecido em Angers no dia 4 de dezembro e em Hamburgo no dia 5.

211 Segundo o interveniente, a notificação de 9 de outubro 2007 tinha por único objetivo acordar uma data com as partes, depois de a presidente da Instância de Recurso se ter assegurado por telefone junto dos advogados das partes de que esta data era em si mesma possível. Num primeiro momento, o recorrente não emitiu nenhuma objeção a esta notificação e devia assim ter tomado por assente que a audiência se realizaria na data acordada. Por outro lado, a referência ao artigo 59.º, n.º 2, do regulamento de execução, na notificação de 9 de outubro de 2007, indicava claramente que se devia considerar que esta produzia efeitos imperativos.

212 O interveniente considera ainda que a Instância de Recurso não tinha de tomar em consideração as objeções expressas pelo recorrente na sua carta de 19 de outubro de 2007, uma vez que estas não se referiam a um motivo de impedimento relacionado com a data da audiência enquanto tal, mas apenas com a questão de saber se o estado do processo justificava que se realizasse uma fase oral no início do mês de dezembro. Ora, cabe à Instância de Recurso, no âmbito do seu poder discricionário, tomar uma decisão sobre esta questão.

213 Quanto ao argumento do recorrente relativo à notificação do seu advogado para comparecer no Landgericht Hamburg, o interveniente considera-o inoperante uma vez que a data da audiência na Instância de Recurso tinha sido anteriormente acordada. O referido advogado, caso duvidasse da sua capacidade para estar suficientemente preparado para comparecer perante o órgão jurisdicional alemão devido à sua audiência na Instância de Recurso, deveria por conseguinte ter requerido o adiamento da audiência naquele órgão jurisdicional alemão.

214 No que se refere mais concretamente à questão da qualidade do recorrente para agir, no processo T-133/08, o interveniente considera que esta questão foi claramente abordada nas mensagens de correio eletrónico da presidente da Instância de Recurso.

215 Por último, na sua tréplica, o interveniente sublinha que, se, como resulta do artigo 59.º, n.º 1, segundo período, do regulamento de execução, é possível acordar um prazo de envio da convocatória mais curto, há *a fortiori* que aplicar o mesmo princípio no que respeita a uma data de audiência que foi fixada muito antes de terminar o prazo de um mês. A fixação de tal data é aliás conforme com os princípios que justificam a exigência de uma convocatória, a saber, garantir a regularidade e a equidade do processo.

— Apreciação do Tribunal Geral

216 Nos termos do artigo 59.º do regulamento de execução:

«1. As partes no processo serão convocadas para o processo oral previsto no artigo 77.º do [regulamento], sendo chamada a sua atenção para o disposto no nº 2 do presente artigo. O prazo de envio da convocatória às partes no processo será de pelo menos um mês, a não ser que estas e o [ICVV] acordem num prazo mais curto.

2. Se uma parte no processo regularmente convocada para o processo oral perante o [ICVV] não comparecer, o processo poderá ser prosseguido na sua ausência.»

217 No presente caso, não é contestado pelo ICVV nem pelo interveniente, e foi aliás expressamente reconhecido pela Instância de Recurso, nas três decisões recorridas, que o prazo de envio da convocatória de pelo menos um mês previsto no artigo 59.º, n.º 1, segundo período, do regulamento de execução não foi respeitado, na medida em que a convocatória para a audiência de 4 de dezembro de 2007 apenas foi notificada ao recorrente em 6 de novembro de 2007.

218 Com efeito, atendendo ao seu título e aos seus próprios termos, não se pode em caso nenhum considerar que a telecópia da Instância de Recurso de 9 de outubro de 2007 cumpriu a sua função de uma convocatória do recorrente regular e dentro do prazo previsto, tanto mais que não foi redigida na língua do processo e que não foi notificada ao seu destinatário em conformidade com as disposições pertinentes dos artigos 64.º e seguintes regulamento de execução, a saber através de carta registada com aviso de receção. Aliás, esta telecópia indica que a Instância de Recurso «tem intenção de» (*intends to*) convocar as partes da fase oral do processo para uma determinada data.

219 A única questão controvertida é assim a de saber se esta não observância do prazo mínimo de um mês constitui um vício processual substancial suscetível de justificar a anulação das três decisões recorridas.

220 A este respeito, há que começar por examinar os dois fundamentos apresentados pela Instância de Recurso, em cada uma das três decisões recorridas, para justificar a fixação da data da audiência para 4 de dezembro de 2007, ou seja, num prazo inferior ao prazo de convocatória de «pelo menos um mês» previsto no artigo 59.º, n.º 1, do regulamento de execução, não obstante as objeções formuladas pelo advogado do recorrente nas suas mensagens de correio eletrónico de 20 de setembro, 19 de outubro, 5, 14 e 29 de novembro de 2007.

221 No que se refere, em primeiro lugar, ao fundamento relativo ao facto de que o recorrente aceitou por escrito, em 9 de outubro de 2007, a data de audiência proposta pela Instância de Recurso, é verdade que, em conformidade com o artigo 59.º, n.º 1, segundo período, do regulamento de execução, é possível que as partes acordem com o ICVV um prazo de convocatória mais curto do que o prazo de um mês normalmente previsto nesta mesma disposição.

222 No entanto, é necessário que o acordo das partes sobre um prazo mais curto seja garantido, condição sem a qual se corre o risco de prejudicar o princípio da segurança jurídica. Não pode assim presumir-se ou deduzir-se implicitamente que esse acordo existe pelo facto de estarem reunidas determinadas circunstâncias confusas ou ambíguas.

223 Deste modo, no presente caso, o acordo do recorrente a respeito da data de 4 de dezembro de 2007 não pode deduzir-se do simples envio, por parte do seu advogado, da telecópia de 9 de outubro de 2007 assinada, conforme solicitado, para «aviso de receção». Com efeito, por definição, um aviso de receção limita-se a fazer prova da receção de um documento. Não exprime, enquanto tal, nenhuma manifestação de vontade suscetível de contribuir para a formação de um acordo entre as partes.

224 Ao contrário do que o ICVV sustenta nas suas alegações, o acordo das partes a respeito da data de 4 de dezembro de 2007 também não se pode deduzir da mensagem de correio eletrónico enviada pelo secretariado da Instância de Recurso à presidente desta em 20 de setembro de 2007 (v. n.º 47, *supra*; documento junto como anexo 11 à contestação). Para mais, essa mensagem de correio eletrónico, que é um documento interno do ICVV, não é oponível ao recorrente em caso de contestação da parte deste, uma vez que dos seus termos resulta apenas que foram efetuados contactos preliminares com os interessados a respeito da fixação de uma data de audiência «que seja conveniente para todas as partes em causa», sendo que essa data que apenas parecia «possível» durante a primeira semana de dezembro de 2007. Assim, estes termos não são reveladores de um acordo já celebrado entre as partes para o dia 20 de setembro de 2007, a respeito da data da audiência a fixar. Mais ainda, por carta do mesmo dia enviada à Instância de Recurso (v. n.º 48, *supra*; anexo 7 da petição inicial do T-133/08), enviada precisamente em reação a esses contactos telefónicos destinados a indagar da disponibilidade

das partes, o advogado do recorrente formulou objeções de princípio à realização de uma audiência nos processos A 005/2007 e A 006/2007 até que o ICVV se pronunciasse também no processo A 010/2007. Estas objeções foram reiteradas por carta de 19 de outubro de 2007.

225 No que respeita, em segundo lugar, ao fundamento relativo ao facto de que o recorrente não fez uso da possibilidade que lhe tinha sido dada de invocar por escrito um impedimento para assistir à audiência de 4 de dezembro de 2007, assente em objeções fundamentadas, num prazo de dez dias que terminou em 19 de outubro de 2007, há que recordar que a telecópia de 9 de outubro de 2007 indicava: «Se o secretariado da Instância de Recurso do ICVV não receber da vossa parte, no prazo de dez dias contados a partir da data da presente telecópia, objeções fundamentadas, presume-se que a data proposta é aceitável e serão consequentemente enviadas as convocações.»

226 No entanto, pelas razões já acima expostas, relacionadas com o envio da carta de objeções de 20 de setembro de 2007 (carta a que só foi dada resposta em 17 de outubro de 2007), não era possível qualificar de presunção de aceitação implícita ou tácita da data evocada na referida telecópia a inexistência de reação do recorrente à telecópia de 9 de outubro de 2007.

227 Quanto ao demais, a presidente da Instância de Recurso tinha plena consciência da oposição de princípio e fundamentada do recorrente à realização da audiência em 4 de dezembro de 2007, conforme revela na sua carta de 17 de outubro de 2007 enviada ao advogado do recorrente, que, respondendo à mensagem de correio eletrónico deste de 20 de setembro de 2007, o informava de que «a Instância não deferiu o pedido do recorrente de 20 de setembro de 2007 que tinha por objeto o adiamento da data da audiência para os três processos».

228 Além disso, há que salientar que foi também em 19 de outubro de 2007 que o recorrente interpôs na Instância de Recurso o recurso da decisão relativa ao pedido de anulação. Esta circunstância, constitutiva de um facto novo e importante para efeitos do correto desenvolvimento dos diversos processos na referida Instância de Recurso, à semelhança dos termos da mensagem de correio eletrónico do advogado do recorrente do mesmo dia enviada à presidente da Instância de Recurso, que expunha os motivos pelos quais o advogado do recorrente considerava que a resolução da questão da nulidade era prioritária, motivo pelo que não fazia sentido realizar uma audiência nos outros processos antes do final do ano, também é suscetível de inverter a presunção de aceitação da data de 4 de dezembro de 2007.

229 Atendendo a semelhante contexto de oposição explícita e de princípio à realização de uma audiência que diz respeito apenas aos três primeiros processos, a Instância de Recurso não podia «presumir» o acordo do recorrente a propósito da realização de uma audiência no final do ano de 2007, e menos ainda a propósito de um prazo mais curto do que o previsto no artigo 59.º, n.º 1, do regulamento de execução, pelo facto de o recorrente não ter reagido no prazo de dez dias contado a partir do envio da telecópia de 9 de outubro de 2007.

230 No seguimento do exame dos dois fundamentos apresentados pela Instância de Recurso, o Tribunal conclui que estes não permitem provar de forma juridicamente bastante a existência do acordo do recorrente respeitante a um prazo de convocatória mais curto do que o prazo mínimo de um mês previsto no artigo 59.º, n.º 1, do regulamento de execução.

231 Não tendo o prazo de envio da convocatória sido respeitado, há que constatar que o recorrente não foi regularmente convocado para a fase oral do processo na Instância de Recurso.

232 A não comparência do recorrente nesta audiência não autorizava assim a Instância de Recurso a prosseguir o processo na sua ausência. Com efeito, decorre do artigo 59.º, n.º 2, do regulamento de execução que o processo só pode prosseguir *in absentia* se uma parte no processo regularmente «convocada» para o processo oral não comparecer.

233 Por conseguinte, procede o fundamento relativo, nos três processos, à violação desta disposição e à violação do direito de ser ouvido, sendo suscetível de conduzir à anulação das três decisões recorridas.

234 Nenhum dos argumentos do ICVV e do interveniente é suscetível de pôr em causa esta conclusão.

235 No que respeito, primeiro, ao argumento segundo o qual o sentido e a finalidade do prazo de envio da convocatória foram respeitados no presente caso, este argumento colide com a redação do artigo 59.º do regulamento de execução, que impõe um prazo de envio da convocatória de «pelo menos» um mês. Como refere corretamente o recorrente, a notificação formal de uma convocatória visa garantir a regularidade e a equidade do processo, devendo a observância de um lapso de tempo mínimo dar às partes a possibilidade de se prepararem de forma adequada para a fase oral. Tendo o legislador comunitário considerado que o lapso de tempo necessário para esse efeito era de pelo menos um mês, não cabe à Instância de Recurso pôr em causa esta apreciação de forma casuística.

236 No que respeita, segundo, ao argumento de acordo com o qual o prazo mínimo de envio da convocatória só não foi «respeitado» por dois dias, ou seja, uma «bagatela» que deu origem a um vício processual qualificado de «insignificante» pelo ICVV, e cuja invocação pelo recorrente constitui uma «manobra abusiva», parece assentar numa apreciação das consequências concretas da violação do referido prazo verificada no presente caso.

237 Ora, o desrespeito deste prazo mínimo de envio da convocatória constitui um vício processual substancial suscetível de conduzir à anulação das três decisões recorridas, sem que seja necessário provar, além disso, que a referida inobservância causou um prejuízo ao recorrente. Com efeito, semelhante vício processual substancial assemelha-se à violação de uma formalidade substancial, de cuja violação decorre a nulidade do ato independentemente das consequências concretas da violação (v. neste sentido, acórdão do Tribunal de Justiça de 6 de abril de 2000, Comissão/Solvay, C-287/95 P e C-288/95 P, Colet., p. I-2391, n.os 45 e 46; v. acórdão do Tribunal Geral de 23 de maio de 2007, Parlamento/Eistrup, T-223/06 P, Colet., p. II-1581, n.º 59, e jurisprudência referida). Por conseguinte, a jurisprudência invocada pelo ICVV não é relevante para o presente caso.

238 Seja como for, a recusa do recorrente em comparecer na audiência de 4 de dezembro de 2007 não pode ser qualificada de manobra abusiva. Pelo contrário, o recorrente tinha um motivo legítimo e fundado para requerer que até à adoção de uma decisão que pusesse termo à instância do processo de anulação (processo A 010/2007) a instância fosse suspensa nos três processos em causa na Instância de Recurso.

239 No que se refere à improcedência deste pedido de suspensão da instância nos três processos em causa, a Instância de Recurso fundamentou-a do seguinte modo na decisão relativa ao pedido de privação (remetendo a decisão relativa à adaptação da descrição e a decisão de indeferimento para essa mesma fundamentação):

«Está pendente um processo adicional de recurso, no âmbito do qual o recorrente pede que seja declarada a nulidade da variedade LEMON SYMPHONY, em conformidade com o disposto no artigo 20.º do [regulamento]. Na medida em que considera este último processo prejudicial em relação aos presentes processos, o recorrente requer, em conformidade com o disposto no artigo 106.º do [regulamento], que a instância nestes seja suspensa até que o processo de anulação seja decidido.

Este pedido não procede. O artigo 106.º do [regulamento] não é manifestamente aplicável. Este artigo refere-se a ações intentadas nos tribunais comuns. Contudo, ainda que se tenha em conta um princípio geral nos termos do qual uma suspensão da instância é possível, cabendo a sua decisão no âmbito do poder discricionário da Instância de Recurso, está fora de questão uma suspensão da instância no presente caso. Uma suspensão da instância pressupõe que existe um efeito prejudicial relacionado com o outro processo. Tal só sucederia no presente caso se o recurso que tem por objeto a nulidade fosse favorável ao recorrente. Deste modo, para que a instância fosse suspensa no presente

caso, seria necessário pelo menos uma perspetiva razoável de sucesso. Tal não sucede no presente caso. O desfecho do processo de nulidade não será positivo uma vez que, pelos motivos expostos na presente decisão, não existe o direito de requerer ao [ICVV] que profira uma decisão nos termos da qual o título de proteção da variedade vegetal LEMON SYMPHONY ora contestada deva ser declarado nulo.»

240 Ora, como foi já indicado no n.º 98, *supra*, os três processos aqui em causa estão relacionados com o processo T-242/09 (processo de anulação da LEMON SYMPHONY) através de uma relação de dependência, sendo que o desfecho deste é com efeito determinante para o desfecho dos outros processos.

241 Aliás, a Instância de Recurso não contestou a existência desta relação de dependência nas três decisões recorridas. Limitou-se a fundamentar o indeferimento do pedido de suspensão da instância considerando que o processo de anulação não tinha nenhuma «perspetiva razoável de sucesso», pelo que não poderia em caso nenhum afetar favoravelmente a posição do recorrente nos três outros processos.

242 Contudo, ao atuar deste modo a Instância de Recurso adotou um juízo antecipado que afetou de forma grave a decisão que tomaria no âmbito da referida instância, embora esta estivesse apenas na sua fase inicial.

243 Acresce que se veio a revelar que este juízo antecipado estava errado, tanto de facto como de direito. Com efeito, o fundamento invocado para justificar esta apreciação, a saber, em substância, que o recorrente não podia requerer ao ICVV que adotasse uma decisão ao abrigo do artigo 20.º do regulamento, nem sequer foi julgado procedente pela Instância de Recurso, é certo que com outra composição, na Decisão A 010/2007, para justificar a improcedência do recurso interposto da decisão relativa ao pedido de anulação. Mais ainda, a Instância de Recurso parece ter rejeitado o fundamento em causa por ser improcedente, no n.º 1 da Decisão A 010/2007, à luz do acórdão do Tribunal de Justiça de 31 de janeiro de 2008, Federación de Cooperativas Agrarias de la Comunidad Valenciana/ICVV — Nador Cott Protection (Nadorcott) (T-95/06, Colet., p. II-31), cujo n.º 81 enuncia que, «nos termos dos artigos 20.° e 21.° do [regulamento], qualquer pessoa pode convidar o ICVV, depois da atribuição de uma proteção e independentemente de ter sido interposto recurso na Instância de Recurso, a declarar nulo esse direito de proteção ou a privar o titular do seu direito alegando que a referida proteção foi atribuída a uma variedade que não respeita os critérios materiais dos artigos 7.° a 10.° do referido regulamento.»

244 O recorrente tinha assim um motivo legítimo e fundado para se opor à realização de uma audiência em 4 de dezembro de 2007. Pelo contrário, independentemente das motivações profundas da sua decisão, a presidente da Instância de Recurso fez uma utilização inapropriada, se não abusiva, dos seus poderes ao querer realizar uma audiência naquela data, não obstante as objeções razoáveis e fundadas do recorrente.

245 Decorre de todas as considerações que precedem que há que julgar procedente o fundamento, comum aos processos T-133/08, T-134/08 e T-177/08, relativo à violação do artigo 59.º do regulamento de execução e dos direitos de defesa.

246 Por conseguinte, há que anular as três decisões recorridas no âmbito dos processos T-133/08, T-134/08 e T-177/08, sem que o Tribunal tenha assim de se pronunciar sobre os outros fundamentos e argumentos dos recursos.

Seguimento a dar à segunda parte do primeiro fundamento do pedido do recurso no processo T-133/08

247 O ICVV sustenta que o recurso no processo T-133/08 é inadmissível por visar, na segunda parte do primeiro fundamento do seu pedido, a anulação da decisão relativa à adaptação da descrição. Ainda que se admita que o recorrente pudesse interpor recurso na Instância de Recurso desta decisão, *quod non*, não se vislumbra, segundo o ICVV, que o Tribunal anule esta decisão, uma vez que a Instância de Recurso não se pronunciou a este respeito. Com efeito, segundo o ICVV, seria necessário que a Instância de Recurso tivesse proferido uma decisão, por hipótese ilegal, para que a decisão relativa à adaptação da descrição pudesse ser declarada nula.

248 A este respeito, há que salientar que, através da segunda parte do primeiro fundamento do seu pedido, o recorrente requer, em substância, que o Tribunal adote a decisão que a Instância de Recurso do ICVV devia ter tomado, a saber, uma decisão que declare nula a decisão relativa à adaptação da descrição. Há assim que concluir que, através desta parte do primeiro fundamento do pedido, o recorrente pede que seja reformada a decisão da Instância de Recurso, ao abrigo da competência atribuída ao Tribunal pelo artigo 73.º, n.º 3, do regulamento, nos termos do qual o Tribunal tem competência tanto para anular como para reformar a Decisão A 007/2007.

249 A questão da admissibilidade desta segunda parte do primeiro fundamento do pedido coloca-se assim nos mesmo termos que a questão da admissibilidade dos pedidos semelhantes tendo por objetivo a reforma das decisões das Câmaras de Recurso do Instituto de Harmonização do Mercado Interno (marcas, desenhos e modelos) (IHMI), no contencioso da marca comunitária, ao abrigo da competência conferida ao Tribunal pelo artigo 65.º, n.º 3, do Regulamento n.º 207/2009, cuja redação é idêntica à do artigo 73.º, n.º 3, do regulamento.

250 Ora, no que respeita a este contencioso, o Tribunal de Justiça declarou, no seu acórdão de 5 de julho de 2011, Edwin/IHMI (C-263/09 P, Colet., p. I-5853, n.º 72), que o poder de reforma reconhecido ao Tribunal Geral não tem por efeito conferir a este último o poder de substituir a apreciação da Câmara de Recurso pela sua própria apreciação nem de proceder a uma apreciação sobre a qual a referida Câmara ainda não tomou posição. Por conseguinte, em princípio, o exercício do poder de reforma deve ser limitado às situações em que o Tribunal Geral, após ter fiscalizado a apreciação realizada pela Câmara de Recurso, está em condições de determinar, com base nos elementos de facto e de direito julgados provados, a decisão que a Câmara de Recurso devia ter adotado.

251 No presente caso, como refere corretamente o ICVV, a Instância de Recurso não se pronunciou sobre as questões de mérito respeitantes à legalidade da decisão relativa à adaptação da descrição.

252 Nestas condições, não há que deferir a parte do primeiro fundamento do pedido do recurso no processo T-133/08 que tem por objeto a anulação da decisão relativa à adaptação da descrição [v., neste sentido e por analogia, acórdão Edwin/IHMI, já referido, n.º 74, que confirmou o acórdão do Tribunal Geral de 14 de maio de 2009, Fiorucci/IHMI — Edwin (ELIO FIORUCCI), T-165/06, Colet., p. II-1375, n.º 67].

Quanto às despesas

Argumentos das partes

253 Em cada um dos quatro processos apensos, o ICVV pede ao Tribunal que declare que o ICVV só suportará as suas próprias despesas na hipótese e na medida em que um dos pedidos dos recursos seja julgado procedente.

254 O recorrente replica que este pedido não está fundamentado e que não há nenhuma razão manifesta para que o reembolso das suas despesas lhe seja recusado se obtiver ganho de causa.

Apreciação do Tribunal Geral

255 Nos termos do disposto no artigo 87.º, n.º 3, do Regulamento de Processo, se cada parte obtiver vencimento parcial, ou perante circunstâncias excecionais, o Tribunal pode determinar que as despesas sejam repartidas entre as partes ou que cada uma das partes suporte as suas próprias despesas.

256 Nos termos do disposto no artigo 87.º, n.º 4, do Regulamento de Processo, o Tribunal pode determinar que um interveniente suportará as respetivas despesas.

257 Nos termos do artigo 136.º do Regulamento de Processo, aplicável aos recursos em que é recorrido o ICVV ao abrigo do seu artigo 130.º, quando deferir um recurso contra uma decisão de uma Instância de Recurso, o Tribunal pode ordenar que o ICVV apenas suporte as suas próprias despesas.

258 Atendendo à dupla circunstância de que, por um lado, o recorrente foi vencido nos seus pedidos no âmbito do processo T-242/09, cujo desfecho era determinante para o desfecho dos três outros processos, e que, por outro, o ICVV e o interveniente foram vencidos no essencial dos seus pedidos no âmbito desses três outros processos, far-se-á uma justa aplicação das disposições acima referidas decidindo que cada parte suportará as suas próprias despesas.

Pelos fundamentos expostos,

O TRIBUNAL GERAL (Segunda Secção)

decide:

1) É negado provimento ao recurso interposto da Decisão de 23 de janeiro de 2009 (processo A 010/2007) da Instância de Recurso do Instituto Comunitário das Variedades Vegetais (ICVV), relativa a um pedido de anulação da proteção comunitária das variedades vegetais concedida à variedade LEMON SYMPHONY.

2) É anulada a Decisão de 4 de dezembro de 2007 (processo A 007/2007) da Instância de Recurso do ICVV, relativa a uma contestação da decisão de adaptação oficiosa da descrição oficial da variedade LEMON SYMPHONY no registo da proteção comunitária das variedades vegetais.

3) É negado provimento ao recurso interposto contra esta decisão quanto ao demais.

4) É anulada a Decisão de 4 de dezembro de 2007 (processo A 006/2007) da Instância de Recurso do ICVV, relativa a um pedido de privação da proteção comunitária das variedades vegetais concedida à variedade LEMON SYMPHONY.

5) É anulada a Decisão de 4 dezembro de 2007 (processo A 005/2007) da Instância de Recurso da ICVV, relativa a um pedido de proteção comunitária das variedades vegetais para a variedade SUMOST 01.

6) Cada uma das partes suportará as suas próprias despesas.

Forwood Dehousse Schwarcz

Proferido em audiência pública no Luxemburgo, em 18 de setembro de 2012.

Assinaturas

Índice

Quadro jurídico 2

Antecedentes do litígio 3

Procedimentos administrativos no ICVV 3

Processos na Instância de Recurso do ICVV nos processos A 005/2007, A 006/2007 e A 007/2007 8

Tramitação processual na Instância de Recurso do ICVV no processo A 010/2007 12

Tramitação processual 17

Pedidos das partes 18

Considerações preliminares sobre as relações existentes entre os quatro processos apensos e sobre a ordem em que há que examiná-los 19

Processo T-242/09 19

Quanto à admissibilidade 19

Quanto ao mérito 20

Quanto ao primeiro fundamento, relativo à violação das disposições conjugadas dos artigos 76.º e 81.º do regulamento 20

— Argumentos das partes 20

— Apreciaηγo do Tribunal Geral 23

Quanto ao segundo fundamento, relativo à violação das disposições conjugadas dos artigos 20.º e 7.º do regulamento 29

— Argumentos das partes 29

— Apreciaηγo do Tribunal Geral 29

Quanto ao terceiro fundamento, relativo à violação do artigo 75.º do regulamento 30

— Argumentos das partes 30

— Apreciaηγo do Tribunal Geral 30

Quanto ao quarto fundamento, relativo à violação do artigo 63.º, n.ºs 1 e 2, do regulamento de execução 31

— Argumentos das partes 31

— Apreciaηγo do Tribunal Geral 31

Pedidos quanto ao mérito no processo T-242/09 33

Processos T-133/08, T-134/08 e T-177/08 33

Quanto ao mérito dos recursos 33

Exposição geral dos diferentes fundamentos dos recursos 33

Quanto ao fundamento, comum aos três recursos, relativo à violação do artigo 59.º, n.º 2, do regulamento de execução e do direito a ser ouvido 34

— Argumentos das partes 34

— Apreciaηγo do Tribunal Geral 35

Seguimento a dar à segunda parte do primeiro fundamento do pedido do recurso no processo T-133/08 40

Quanto às despesas 40

Argumentos das partes 40

Apreciação do Tribunal Geral 41