

Processo nº 833/2018

(Autos de Recurso Civil e Laboral)

Data: 21 de Fevereiro de 2019

ASSUNTO:

- Discriminação de factos

SUMÁRIO:

- Prevê o nº 2 do artº 562 do CPCM que o juiz deve discriminar na sentença os factos que considera provados, sob pena da nulidade da sentença nos termos da al. b) do nº 1 do artº 571º do mesmo Código.
- A exigência da discriminação de factos visa permitir tanto as partes, como eventualmente o Tribunal de recurso, conhecer facilmente quais são os factos foram considerados provados pelo julgador *a quo*.
- Sem esta discriminação, não é possível, ou pelos menos dificulta, as partes, em sede de recurso, impugnar a decisão da matéria de facto, pois têm de andar da procura dos mesmos ao longo da fundamentação de direito, e por vezes não se sabem se se tratam de factos objectivos ou de factos conclusivos.
- A mesma impossibilidade ou dificuldade também existe ao nível deste TSI na apreciação da sentença recorrida se decidiu bem ou mau, quer na matéria de facto, quer de direito.

O Relator,

Processo nº 833/2018

(Autos de Recurso Civil e Laboral)

Data: **21 de Fevereiro de 2019**

Recorrente: **A. Ltd**

Recorridas: **B Limited**

Direcção dos Serviços de Economia

ACORDAM OS JUÍZES NO TRIBUNAL DE SEGUNDA INSTÂNCIA DA R.A.E.M.:

I – Relatório

Por despacho de 22/09/2017, decidiu-se indeferir o requerimento da Recorrente **A. Ltd**.

Dessa decisão vem recorrer a Recorrente, alegando, em sede de conclusões, os seguintes:

- 本上訴標的為原審法庭於2017年9月22日作出批示內容(見卷宗第398頁至第403頁)。
- 與此同時，亦針對原審法庭在卷宗第421頁之批示當中裁定之上訴僅具移審效力，依據《民事訴訟法典》第594條第4款之規定，提出爭執。
- 上訴人針對原審法庭於2017年9月22日在卷宗第398頁至第403頁作出之批示而聲請提起本平常上訴，該批示包括三部份之決定內容：「I - Da regularidade da representação da parte contrária no procedimento administrativo」、「II - Da regularidade da representação judiciária da parte contrária na presente instância de recurso」及「III - Da apensação

de processos」。

- 對上述提起之平常上訴，上訴人聲請須賦予中止效力，可是，原審法庭卻訂出該平常上訴僅具移審效力。
- 事實上，就「I - Da regularidade da representação da parte contrária no procedimento administrativo」之批示而提出之上訴，倘有關上訴理由成立，將導致審理對立當事人於行政程序中所附入授權書是否有可能被裁定為沒有按照《公證法典》第 128 條之形式作出，從而有可能裁定對立當事人沒有適當授權予簽署人在行政程序中提出聲明異議，因而該聲明異議將被視為從未作出；
- 在此情況下，由於本司法上訴案(recurso judicial)所針對之標的 - **拒絕第 N/XXX68 號商標註冊之決定** - 是以上述聲明異議之理據為其拒絕依據，故當對立當事人於行政程序中作出之聲明異議被視為從未作出，則該**拒絕第 N/XXX68 號商標註冊之決定**有可能被裁定為予以撤銷/廢止，從而作出批給被爭議商標的註冊之決定。
- 至於就「II - Da regularidade da representação judiciária da parte contrária na presente instância de recurso」之批示而提出之上訴，倘有關上訴理由成立，將有可能導致有關由缺乏適當代理之人士為對立當事人於本司法上訴案(recurso judicial)作出之訴訟行為不產生任何效力，這些均直接影響原審法庭對本案之審理、調查範圍以至終局裁判。
- 更何況，本司法上訴案(recurso judicial)現時已完成了訴訟主體可遞交訴辯書狀之階段，即原審法庭將進行調查階段繼而作出最終判決，倘若僅賦予本平常上訴移審效力而沒有中止效力，本平常上訴案之判決有可能在原審法庭作出最終判決後才作出，屆時，如若本平常上訴中針對上述兩部份之批示而提出之理據被中級法院接納，將推翻原審法庭當時(有可能)已作出最終判決，導致須在沒有上述所指之聲明異議及對立當事人自始沒有訴訟代理之情況下重新審理本案並作出判決，這

明顯有違訴訟便捷原則及合作原則。

- 更重要的是，本平常上訴尚針對原審法庭在「III - Da apensação de processos」作出駁回將第 CV1-16-0042-CRJ 及 CV1-16-0043-CRJ 號卷宗合併於本案進行審理之請求。
- 根據《民事訴訟法典》第 219 條第 2 款及第 3 款的規定所示，對於是否合併訴訟的決定是由原審法庭作出；
- 換言之，第 CV1-16-0042-CRJ 號卷宗及第 CV1-16-00423-CRJ 號卷宗甚至本司法上訴案(recurso judicial)原則上是否可以獨立進行餘下訴訟程序，應等待原審法庭對【是否合併訴訟作出之決定】轉為確定後才可落實。
- 根據第 CV1-16-0042-CRJ 號卷宗第 391 及 362 頁之批示，以及第 CV1-16-0043-CRJ 號卷宗第 349 頁之批示可見，持案法官皆沒有明確表明是否須待原審法庭對是否合併訴訟作出已轉為確定之決定後才繼續進行相關程序。
- 因此，基於原審法庭已於卷宗第 402 至 403 頁作出批示否決合併訴訟，雖然上訴人為此起訴，但原審法庭卻在卷宗第 421 頁作出批示決定本上訴僅具移審效力，即意味著原審法庭仍可立刻執行否決合併訴訟之批示，亦即引致 CV1-16-0042-CRJ、CV1-16-0043-CRJ 及本司法上訴案(recurso judicial)繼續進行；
- 一旦在本平常上訴之判決作出前 CV1-16-0042-CRJ、CV1-16-0043-CRJ 及本司法上訴案(recurso judicial)便已各自作出終局裁判，即使中級法庭裁定應合併審理本司法上訴案(recurso judicial)、第 CV1-16-0042-CRJ 號卷宗及第 CV1-16-0043-CRJ 號卷宗，但基於它們屆時有可能已進行審判並各自進行了“實質審理”(apreciação do mérito)並形成終局判決，故屆時再要求將本案與第 CV1-16-0042-CRJ 號卷宗及第 CV1-16-0043-CRJ 號卷宗合併審理已沒有意義，導致出現《民事訴訟法

典》第 219 條第 1 款後部份之「但書」之情況；

- 再者，本平常上訴案之判決(尤其是針對合併訴訟的部分)亦未能約束第 CV1-16-0042-CRJ 號卷宗及第 CV1-16-0043-CRJ 號卷宗在各自訴訟程序內已進行之“實質審理”(apreciação do mérito)及終局判決，未能使他們回到未作出“實質審理”(apreciação do mérito)及終局判決之時並合併於本案作重新審理。
- 上述所指均引致本針對請求合併訴訟而提起的上訴出現嗣後無用，而這情況顯然不符合上訴機制的創設原則。
- 尚須指出，本案與第 CV1-16-0042-CRJ 號卷宗及第 CV1-16-0043-CRJ 號卷宗所爭議之商標圖樣是相同的，雖然份屬不同商標種類，但都是申請用於相類似的服飾及穿戴類之產品上；
- 倘若僅賦予本平常上訴移審效力，在本平常上訴之判決作出前，將有可能引致本司法上訴案(recurso judicial)及另外兩個案件第 CV1-16-0042-CRJ 及 CV1-16-0043-CRJ 號卷宗在不同時間各自進行審判及作出終局裁判，該等終局裁判有可能導致出現同樣的商標圖樣在某類別產品上屬於上訴人、在另一類別產品上屬於對立當事人，屆時，即使中級法院裁定應作合併審理，亦會因本案與其餘兩個案件已處於不同之訴訟階段而變得嗣後無用，意味著上訴人(或對立當事人)將失去基於可合併審理而可就同樣的商標圖樣取得一致判決之可能性，這明顯對上訴人(甚至是對立當事人)造成難以彌補之損害。
- 因此，上訴人在此請求中級法院就本平常上訴案給予中止效力，好讓本案以及第 CV1-16-0042-CRJ 號卷宗及第 CV1-16-0043-CRJ 號卷宗能一併留待中級法院對有關是否進行合併之決定進行覆核，以便釐清是否具條件進行訴訟合併抑或是進行分別審判，以確保司法的安全及穩定，否則，法律賦予上訴人擁有上訴之權利頓時形同虛設，明顯對上訴人造成不能彌補或難以彌補之損失。

- 基於上述理由，懇請尊敬的法官閣下依據《民事訴訟法典》第 594 條第 4 款、第 619 條第 1 款 b) 項及第 623 之規定，將本平常上訴之效力按照《民事訴訟法典》第 607 條第 2 款 e 項的規定更正為具中止效力之上訴。
- 首先，針對被上訴批示中「I - Da regularidade da representação da parte contrária no procedimento administrativo」之內容，原審法庭在被上訴批示中表示其不可就行政程序中倘有的程序瑕疵於本上訴案(recurso judicial)中進行審理(“...não pode, pois, no âmbito do presente recurso apreciar-se a alegada falha de procedimento...”)，因為其認為根據《工業產權法律制度》第 275 條之規定，在法院之上訴僅考慮及審理拒絕商標註冊的決定(詳見卷宗第 398 頁及第 399 頁之內容，為著應有法律效力，其內容在此視為完全轉錄)。
- 但上訴人認為，於本司法上訴案(recurso judicial)中，經濟局作出拒絕第 N/XXX68 號商標註冊之決定，是從商標申請人(即本案現在的上訴人)的申請、對立當事人的聲明異議以及商標申請人對應的答辯書而得出的綜合考量而作出的，每當行政程序中缺少了上述任何一個申請、申訴及/或回覆，均會導致經濟局作出截然不同之決定。
- 換言之，當上訴人向法院就相關拒絕第 N/XXX68 號商標註冊之決定提出上訴時，原審法庭無可避免地需要對該拒絕商標註冊之決定及當中所持之理據(不論是實體內容抑或程序內容)加以審理。
- 而事實上，於本案例中，經濟局拒絕第 N/XXX68 號商標註冊之決定所引用的依據為其同意第 181/DPI 號報告書內容，而該報告書的理據正正是採納了對立當事人的聲明異議理據，認同在上訴人及對立利害關係人之間，即使雙方沒有意圖，均會出現不正當競爭，因而才以《工業產權法律制度》第 9 條第 1 款 c) 項適用第 214 條第 1 款 a) 項為由拒絕被爭議商標註冊申請。

- 由此可見，對立當事人的聲明異議對於經濟局是否拒絕上訴人的商標申請有著關鍵作用。
- 因此，於審理經濟局作出拒絕第 N/XXX68 號商標註冊之決定時應慎重考慮行政程序中各利害關係人的行為是否符合實體法及訴訟法的規定，尤其是該決定採納了該聲明異議之理據，故原審法庭尤應審理該聲明異議是否存有上訴人提出之瑕疵，倘裁定存有該等瑕疵，原審法庭則須在沒有該聲明異議之前提下，於本上訴案中審理該拒絕第 N/XXX68 號商標註冊之決定。
- 另一方面，根據《工業產權法律制度》第 210 條至 213 條以及第 275 至 277 條之規定，在上訴人收到被拒絕註冊商標之決定後，其可行使的救濟途徑亦包括向法院提出上訴，立法者亦沒有限制上訴人不可將此一瑕疵遞交到本上訴案中要求法院審理。
- 上訴人沒有就此一瑕疵而提起《行政程序法典》第 145 條及續後條文所規定的聲明異議或行政申訴，不代表上訴人喪失可要求在本上訴案中審理此瑕疵之權利。
- 再者，雖然原審法庭在該部分的批示結尾部分表示“Porém, já no presente recurso tem de apreciar-se a questão de saber se a alegada irregularidade de representação tem como consequência a concessão do registo pretendido – a referida falha de mérito”；
- 但上訴人認為該理據亦不足以排除原審法庭審查對立當事人於聲明異議中所附入的授權書是否存在瑕疵的審判義務；
- 因為如同前述條文所述，本案中經濟局拒絕商標註冊之決定是同意第 181/DPI 號意見書，而該第 181/DPI 號意見書所引用的關鍵理據為接納了對立當事人提出的聲明異議理據，當中我們可以推斷出第 181/DPI 號意見書以致該聲明異議的內容決定了現正在法院之上訴(recurso judicial)的審判範圍。

- 若然對立當事人於聲明異議中所附入的授權書真的存有程序瑕疵(以致不能於行政程序中使用)，那麼經濟局在考慮是否批准上訴人之商標申請時所作的決定必然不同。
- 又或哪怕在經濟局沒有聲明異議下依然拒絕上訴人之申請，所引用的理據亦會不同，但無論如何，本次在法院之上訴(recurso judicial)的審判標的亦必然受到明顯的影響，因為原審法庭在審視該拒絕第 N/XXX68 號商標註冊之決定時，皆會無可避免地須審視第 181/DPI 號意見書以至該意見書所採納之聲明異議理據。
- 綜上，上訴人認為原審法庭於本案中作出審理前，具有義務審理對立當事人在行政程序中所附入的授權書是否符實體法以及訴訟法的規定，從而確定本司法上訴(recurso judicial)的審判標的/範圍及對應的公正裁決。
- 因此，上訴人請求中級法院廢止原審法庭就此部分批示的決定並就對立當事人於行政程序中所附入授權書的形式及效力進行審理，裁定該授權書因沒有按照《公證法典》第 128 條之形式作出，導致對立當事人沒有適當授權予簽署人提出聲明異議，故應從卷宗內抽出該聲明異議，並視為從未作出，繼而裁定拒絕第 N/XXX68 號商標註冊之決定違反《工業產權法律制度》第 19 條、第 20 條及第 211 條之規定，命令撤銷/廢止該批示，並作出批給被爭議商標的註冊之決定。
- 此外，針對被上訴批示中「II - Da regularidade da representação judiciária da parte contrária na presente instância de recurso」之內容，原審法庭於被上訴批示中首先引用了《民法典》第 35 條第 1 款的第 2 部分作為其理據。
- 然而，上訴人認為所爭議的問題在於，代理律師以對立當事人之名義提交之兩份授權書 (授權書認證繕本，見卷宗第 344 至 349 頁及第 364 至 370 頁)之簽署人是否具正當性代表對立當事人去委託代理律師於本

案中進行答覆(resposta)，故此，判斷相關問題時應採用的條文基礎並非《民法典》第 35 條所規範的表示方式，而是同一法典第 38 條所規範的意定代理。

- 由於相關代理律師(澳門執業律師)是透過現所爭議的授權書代表對立當事人向澳門法院進行答覆，根據《民法典》第 38 條第 1 款或第 3 款之規定，該意定代理之代理權，其設立、範圍、變更、效果及終止，受澳門現行法律所規管。
- 在上述基礎下，原審法院於被上訴批示內所引用的《民法典》第 341 條第 1 及 3 款關於採用外國法律之規定，以及第 358 條關於外地發出之文件的證明力的相關規定，均不適用於解決上訴人提出涉及“意定代理”方面之形式無效瑕疵。
- 本案審理標的是有關商標註冊之爭議，按照《工業產權法律制度》第 279 條第 2 款之規定，對立當事人如參與訴訟程序，必須委託律師。
- 正如上指《民法典》第 38 條所規定，規範代理律師以對立當事人之名義提交並於澳門使用之授權書的設立、範圍、變更、效果及終止之法律，為澳門法律。
- 就現時被爭議之授權書而言，適用《民事訴訟法典》第 77 條 a 款之規定；
- 立法者並非簡單地允許該授權書得以公文書或私文書為之，而是同時規定了特定的條件 - (需)“依據適用法例之規定”。
- 雖然澳門《民事訴訟法典》對“依據適用法例之規定”沒有作出明確的規定，但葡萄牙《民事訴訟法典 1961》第 35 條 a 款則明確表示“O mandato judicial pode ser conferido: a) Por instrumento público ou por documento particular, nos termos do Código do Notariado e da legislação especial;”。
- 透過葡萄牙及澳門這兩部淵源甚深的《民事訴訟法典》相比較，並結

合《民法典》第38條之規定，我們可以更穩妥地推斷出《民事訴訟法典》第77條a款所指的“依據適用法例之規定”就是指《公證法典》。

- 因此，我們可以確定不論是以公文書又或是單純以私文書作出訴訟上的代理，均須滿足公證法典及其他特別法之規定，故此對立當事人向本案附入之授權書必須遵行澳門《公證法典》第128條所規定形式要件。
- 於本案中，代理律師於2017年2月28日以對立當事人之名義向法庭提交第一份“授權書”及其譯本之認證繕本。(見卷宗第344至349頁)
- 該第一份“授權書”是由C以董事局董事(原文: Director of the Board of Directors)之身份代表對立當事人並授予權力給簽署答覆(Resposta)之律師，以便代表其作出與本案有關之訴訟行為。
- 首先，針對該“授權書”之內容，當中沒有清晰說明C有何法律依據證明其具有法定權限代表對立當事人簽訂該“授權書”；
- 此外，該“授權書”的尾端除列印了“on the day of January 2017”的字眼，確實簽署日卻沒有填寫，亦即不能知道該授權書到底是於何時簽署並正式生效。
- 須知道，授權書是涉及到第三者可自由管理當事人利益的法律行為，倘若沒有列明簽署日期因而無法確定有關授權書何時生效，則可以預見對法律安全及穩定帶來嚴重的威脅，亦必然地使文件應有的公信力受到動搖，尤其是該“授權書”為一份具追認效力之“授權書”(見卷宗第344至349頁)，故該“授權書”的內容存有一個不可補正的缺失及瑕疵。
- 另一方面，從該授權書之被認證內容可見，該公證員由始至終根本沒有對該“授權書”內容作出過任何認證，尤其是，該公證員完全沒有認證簽署授權書之人是否具有代表對立當事人之身份及權力以及有關依據；
- 尚須指出，透過第一份授權書(見卷宗第344至349頁)，簽字人以對立

當事人名義欲賦予“訴訟代理人”和解及撤回之權力(“...inclunindo iniciar processos judiciais, transigir, desistir...”), 故根據第 62/99/M 號法令核准及公佈的《公證法典》第 128 條第 3 款 c) 項之規定, 該授權書必須以同條第 1 款 a) 或 b) 項所規定之方式作出, 即 a) 公證文書; 或 b) 經認證之文書。

- 可是, 第一份“授權書”之簽署人 C 卻並非在公證員面前作成該“授權書”, 明顯已不符合上指之授權書應遵形式, 因為不論是公證文書或經認證之文書均要求簽署人需要在公證員面前作出簽署行為(見《公證法典》第 66 條及其後各條之規定, 以及《公證法典》第 155 條及其後各條之規定)。
- 至於對立當事人於 2017 年 4 月 26 日向法庭聲請提交第二份“授權書”(見卷宗第 364 至 370 頁), 根據該“授權書”之公證內容, 該公證員只是透過核對所出示之身份證明文件而認證 C 之簽署, 充其量僅屬《公證法典》第 159 條第 2 款規定之對照認定。
- 但透過該授權書, 同樣地, 授權書簽字人以對立當事人之名義賦予“訴訟代理人”和解及撤回之權力(“...inclunindo iniciar processos judiciais, transigir, desistir...”), 故根據第 62/99/M 號法令核准及公佈的《公證法典》第 128 條第 3 款 c) 項之規定, 該授權書必須以公證文書或經認證之文書此兩種方式作出而非單純筆跡對照認定。
- 可見, 第二份“授權書”仍不符合《民法典》第 38 條第 1 款援引適用之《公證法典》第 128 條所規範之要求簽署人需要在公證員面前作出的公證行為 - 公證文書或經認證之文書(見《公證法典》第 66 條及其後各條之規定, 以及《公證法典》第 155 條及其後各條之規定), 存有形式瑕疵, 導致其不產生授權書應有之效力。
- 此外, 該兩份“授權書”作成地為英國, 而當中所賦予之代理權行使地為澳門特別行政區, 基於英國及澳門特別行政區同為參加《取消要求

外國公文書的認證公約》(Convention Abolishing the Requirement of Legalisation for Foreign Public Documents) 的國家/地區，均可透過“附加意見證書”(Apostille) 對該兩份“授權書”進行認證。

- 根據同樣適用於英國及澳門特別行政區之上指公約第 1 條之規定，該兩份“授權書”屬“在一締約國領土(本案即英國)內作成，而需在另一締約國領土(本案即澳門特別行政區)內出示的各種公文書”。
- 該《公約》第 2 條更規定：“各締約國對適用本公約並需在本國境內出示的文件，應予免除認證手續。本公約所謂認證僅指需出示文件國的外交或領事人員據此證實下列事項的一種手續：對簽字的鑒定，文件簽字人作成文書所依據的身份，以及在適當的情況下文書上印章或戳記的可靠性。”
- 換言之，缺乏有關“附加意見證書”(Apostille) 認證，我們根本難以鑒定該兩份“授權書”上參與作成文書之當地公證員的簽字，亦難以核實其簽字人作成文書所依據的身份及該等文書上印章或戳記的可靠性，尤其是該兩份“授權書”須遵守《民事訴訟法典》第 77 條及《公證法典》第 128 條之規定以公證文書或經認證之文書此兩種須有公證員參與作成之文書之方式作出，更需要附有“附加意見證書”(Apostille) 以核實參與作成有關行為之公證員之身份。
- 加上，本澳法律並沒有規定可免除對該兩份於英國作成之“授權書”進行認證手續，不屬該《公約》第 3 條但書部份所規定之情況。
- 基於上述理據，由於該兩份“授權書”作成地(英國)及使用地(澳門特別行政區)均為《取消要求外國公文書的認證公約》之締約成員，故該兩份“授權書”應附有“附加意見證書”(Apostille) 來進行認證，然而，該兩份“授權書”既沒有“附加意見證書”，亦沒有進行外交或領事認證，故該兩份“授權書”皆未能在澳門使用及產生效力。
- 綜上所述，上訴人認為原審法庭錯誤適用及理解《民法典》第 35 條、

第 341 條及第 358 條，因為，畢竟該兩份授權書都是為了在澳門特別行政區內使用，目的是委託於本地區執業的律師代表對立當事人於澳門法院行使廣泛及特別權利(甚至包括和解及撤回權力)，屬作出訴訟上之意定代理行為，故理所當然地，應適用《民法典》第 38 條之規定，該兩份授權書須遵守本地區的法律(尤其是《公證法典》第 128 條之規定)。

- 此外，原審法庭更忽略考慮該兩份“授權書”所賦予之權力導致其須以公證文書或經認證之文書作出，以致原審法庭先後接收了兩份由代理律師以對立當事人之名義所附呈但不符合澳門法律(《民事訴訟法典》第 77 條、《民法典》第 38 條及《公證法典》第 128 條之規定)的涉及訴訟上代理之授權書(見卷宗第 344 至 349 頁及第 364 至 370 頁)，亦沒有按《取消要求外國公文書的認證公約》之規定附有“附加意見證書”(Apostille)之認證，故應廢止被上訴批示之此部分決定，並懇請中級法院裁定該兩份授權書不符合法定要式(卷宗第 344 至 349 頁之授權書沒有認證簽署人具權力代表公司；卷宗第 344 至 349 頁及第 364 至 370 頁之授權書皆沒有以公證文書或經認證文書在公證員面前作出)，存有形式瑕疵，導致其不產生授權書及代理應有之效力，因而按照《民事訴訟法典》第 75 條及第 82 條之規定，由相關訴訟代理人於本案作出之防禦及訴訟行為亦不產生效力，故應從卷宗內抽出該兩份授權書，並視有關訴訟行為從未作出。
- 最後，對於被上訴批示中「III - Da apensação de processos」之內容，原審法庭引用《行政訴訟法典》第 82 條第 1 款及第 35 條之規定否決了上訴人所請求的合併訴訟。
- 除卻對不同意見的應有尊重，上訴人並不同意相關理據，原因在於上訴人認為《行政訴訟法典》之規定並不適用於本上訴案。
- 首先，上訴人認為「申請註冊商標」本身是源於其申請人希望發展自

身的商業活動及為保障自身商業活動之獨特性及標誌性等而推動的，以及讓消費者能在眾多產品/服務上識別及區分其產品，因此無論該申請最終得到批准抑或否決，被影響的利益必然是私人利益(可以是申請人本身的利益，亦可以是商業競爭對手的利益)。

- 即使法律賦予經濟局具有權限審批商標註冊的申請，但商標註冊僅涉及私人利益此特質並不會基於有行政當局之介入而有所改變。
- 不可忽略的是，根據《工業產權法律制度》第 275 條及 279 條第 3 款之規定，在法院之上訴中(recurso judicial)所針對之決定，普通管轄法院(即今天的初級法院)可就相關決定全部或部分廢止或更改，並且完全按其所作之規定取代經濟局所作出之決定，亦即針對拒絕商標註冊之決定的審理，除了具審判權之法院為初級法院之民事法庭(而非行政法院)外，初級法院民事法庭更具有完整的審判權(plena jurisdição)。
- 至此我們幾可肯定針對本案是不適用《行政訴訟法典》，尤其是根據《行政訴訟法典》第 20 條可見，基於三權分立這一憲制原則，規範於《行政訴訟法典》之司法上訴案中，具審判權之司法機關為行政法院，且行政法院於司法上訴案中僅具權限對行政行為的合法性作出審查，行政法院並不可替代行政當局作出決定。
- 若然本案是適用《行政訴訟法典》的話，那麼拒絕商標之決定一方面不可能交至初級法院進行審理，另一方面初級法院亦不可能就相關決定全部或部分廢止或更改，並且完全按其所作之規定取代，這顯然是不符合《工業產權法律制度》第 275 條及續後條文規定可向法院之上訴(recurso judicial)而設的立法原意。
- 參考中級法院第 230/2001 號案件之司法見解，當中亦指出 **a)** 因拒絕商標註冊而提起的上訴，具有訴訟性質並類似於撤銷行政行為的司法上訴； **b)** 但是，該上訴不適用澳門《行政訴訟法典》，因為該上訴由普通法院管轄，且屬管轄權方面的司法爭訟而非單純的撤銷性之訴訟。

- 故此，上訴人認為原審法庭以《行政訴訟法典》第82條第1款及第35條作為是否考慮合併訴訟的法理依據，存在了適用法律的錯誤。
- 亦基於上述觀點，基於上訴人現時向原審法庭提出之上訴(recurso judicial)，並不屬《行政訴訟法典》內所規範之司法上訴，故上訴人認為本案所涉及的卷宗是否存在合併的法理依據應適用《民事訴訟法典》第219條及第64條第2款有關「聯合」之規定。
- 本案的商標申請人、對立當事人以及各自引用的理據和經濟局因此而作的批示，除了商標類別之外，皆與 CV1-16-0042-CRJ 及 CV1-16-0043-CRJ 號案的內容近乎相同。
- 換言之，在上述三個個案當中需要考慮的事實問題及法律問題幾近相同，符合《民事訴訟法典》第219條及第64條第2款（“訴因雖不同，但主請求理由是否成立...根本上取決於對相同法律規則或完全類似之合同條款之解釋及適用時，亦得聯合。”）可予以合併之前提要件。
- 尤其是，本案與第 CV1-16-0042-CRJ 號卷宗及第 CV1-16-0043-CRJ 號卷宗所爭議之商標圖樣是相同的，雖然份屬不同商標種類，但都是申請用於相類似的服飾及穿戴類之產品上，分別為本案的第14類別、第 CV1-16-0042-CRJ 號案之第18類別及第 CV1-16-0043-CRJ 號案之第25類別。
- 因此，針對同樣的商標圖樣且申請用於相類似之產品上之申請註冊商標應該在眾利害關係人及消費者當中具有一致性，故上訴人所提出要求本案與 CV1-16-0042-CRJ 及 CV1-16-0043-CRJ 號案的合併請求，無論對其本身抑或對立當事人抑或是消費者來說，都是有實際需要，因為商標的歸屬將直接影響到各自的商業活動範圍及消費者可從有關商標識別出有關產品之品牌及生產商，倘若把上述兩宗案件與本案各自分開審理，將有可能導致出現同樣的商標圖樣在某類別產品上屬於上訴人、在另一類別產品上屬於對立當事人，且該等產品類別更是相似

的，都是服飾及穿戴的產品，將很大可能令消費者對有關產品產生混淆及錯誤，這一情況對雙方皆沒有幫助，同時亦違反註冊商標本身所保護之權益，尤其是為保護正當競爭及消費者利益。

- 基於此，原審法庭以《行政訴訟法典》第 82 條第 1 款及第 35 條為依據否決上訴人提出之合併訴訟請求，存有適用法律錯誤，且基於本上訴案應適用《民事訴訟法典》之規定，故應廢止被上訴批示中拒絕合併請求之決定，並懇請中級法院裁定將本案與第 CV1-16-0042-CRJ 號卷宗及第 CV1-16-0043-CRJ 號卷宗因符合第 97/99/M 號法令第 275 條及《民事訴訟法典》第 219 條之規定，以及為著體現訴訟經濟原則，批准將本案與第 CV1-16-0042-CRJ 號卷宗及第 CV1-16-0043-CRJ 號卷宗合併審理。

*

Por sentença de 22/03/2018, julgou-se improcedente o recurso interposto pela Recorrente, mantendo a decisão da DSE que recusou o pedido de registo da marca nº N/XXX68.

Dessa decisão vem recorrer a Recorrente, alegando, em sede de conclusão, o seguinte:

- 本平常上訴是針對原審法庭於 2018 年 3 月 22 日作出卷宗第 427 頁至第 435 頁之判決，當中裁定存有《RJPI》第 9 條第 1 款 c) 項規定之不正當競爭，判處上訴人敗訴，維持拒絕第 N/XXX68 號商標註冊(以下稱為“被爭議商標”)註冊。
- 在對原審法庭之見解表示應有尊重下，上訴人認為被上訴裁判違反《RJPI》第 282 條援引的《民事訴訟法典》第 562 條之規定，尤其是獲證事實及其理由說明部分，同時亦存有同一法典第 571 條第 1 款 b) 項及 c) 項規定之「未有詳細說明作為裁判理由之事實依據」及「所持依據與所作裁判相矛盾」之無效瑕疵，更重要的是，原審法庭錯誤認

定及理解當向上訴人批出被爭議商標將會與對立當事人在澳門構成不正當競爭，違反《RJPI》第9條第1款c)項及第214條第1款a)項之規定。因此，上訴人認為應廢止被上訴裁判，並應裁定上訴人上訴理由成立，批准被爭議商標■ - 第N/XXX68號商標註冊。

- 首先，上訴人不認同原審法庭在現被上訴裁判中，以「不當代理此瑕疵並不對是否准予被爭議商標註冊構成創設性改變」為由，駁回上訴人提出的此部份之上訴理據。
- 於本司法上訴中，被上訴人作出拒絕被爭議商標註冊之決定，是從上訴人最初提出的申請、被上訴人初步審查、對立當事人的聲明異議以及上訴人的答辯書而得出的綜合考量而作出的，每當行政程序中缺少了上述任何一個申請、申訴及/或回覆，均會導致被上訴人作出截然不同之決定。
- 加上，被上訴人拒絕被爭議商標■註冊之決定所引用的依據為其同意第181/DPI號報告書內容，而該報告書的理據正正是採納了對立當事人的聲明異議理據及援引了其提交之文件；
- 即使在現被上訴裁判中，原審法庭亦援引了被上訴經濟局批示內採立對立當事人在聲明異議中提出之理據及文件而作出之表述(見判決書，卷宗第429背頁第3個自然段)。
- 這些均說明，由該等(倘有)不規則代理對立當事人之律師在行政程序中所作出之聲明異議、提交的文件及其他行為，皆對被上訴人作出被上訴經濟局批示以至原審法庭作出現被上訴裁判起著重要作用，即對是否准予上訴人被爭議商標註冊有著關鍵作用。
- 因此，原審法庭更應審理對立當事人於行政程序中是否存有不當代理的情況，因為倘若存有此一瑕疵，原審法庭則須在沒有該聲明異議理據及相關文件(並結合上訴人提出之其他理據)之前提下，審查是否應准予被爭議商標■註冊，這顯然是對審判標的構成創設性效力。

- 基於上述理由，懇請中級法院裁定上訴人就對立當事人是否涉及在行政程序中及本司法上訴中不當代理而提出之中間上訴理由成立，與此同時，因而須廢止被上訴裁判中此部份之裁判內容，改為裁定因該等授權書沒有按法定形式作出，導致對立當事人在行政程序中作出之所有行為(包括聲明異議及提交之文件)視為沒有作出，以及在本司法上訴中作出之防禦不生效力，並在不考慮對立當事人在行政及司法程序中作出之行為下，結合卷宗所有資料，由中級法院裁定應准予被爭議商標■註冊。
- 其次，上訴人認為，原審法庭沒有在事實部份之理由說明中，詳細及逐一地敘述原審法庭視為獲證實之事實，以及沒有指出認定有關事實而審查的證據及衡量其價值，沒有依據《民事訴訟法典》第 562 條之規定具體指出獲證事實及相關理由說明。
- 當原審法庭沒有詳細及逐一地敘述其視為獲證實之事實及審查及衡量哪些證據而得出相關事實部份裁判，受裁判影響之訴訟主體(在本案中為上訴人)將難以知悉原審法庭之判案理由及形成其心證之範圍，因而不能在上訴中對原審法庭的心證有否違反一般經驗法則而作出倘有之爭辯。
- 基於此，上訴人認為原審法庭違反《民事訴訟法典》第 562 條之規定，導致被上訴裁判沾《民事訴訟法典》第 571 條第 1 款 b)項規定之無效瑕疵，應廢止被上訴裁判。
- 可是，倘若尊敬的法官閣下認為被上訴裁判之事實部份之理由說明可以如同原審法庭般在法律部份之理由說明中予以援引，則按上訴人理解，原審法庭在被上訴裁判的法律部份之理由說明中曾援引了載於上述「二、上訴理據：」中第 22 條所指(i)至(ix)之事實為獲證事實(為著產生一切所須效力，在此視為完全轉錄)。
- 對於上指(按上訴人理解)原審法庭在法律部份之理由說明中引述之"事

實"，原審法庭亦沒有具體指出是基於卷宗內哪些證據評價及衡量該等事實應被裁定為已獲證實，加上，上述「二、上訴理據：」中第22條所指第(i)、(ii)、(iv)、(vii)及(viii)項事實(為著產生一切所須效力，在此視為完全轉錄)，依上訴人理解，為結論性事實，根據《民事訴訟法典》第549條第4款之規定，應視為未經轉錄。

- 因此，上訴人認為即使接納原審法庭可在被上訴裁判的法律部份之理由說明中引述其認為獲證之事實，該等部份之裁決亦未有滿足《民事訴訟法典》第562條之規定，導致被上訴裁判沾《民事訴訟法典》第571條第1款b)項規定之無效瑕疵，應廢止被上訴裁判。
- 倘若法庭不認同上述見解，則上訴人認為卷宗內根本沒有足夠書面證據證明上述「二、上訴理據：」中第22條所指(i)至(ix)之事實(為著產生一切所須效力，在此視為完全轉錄)，反之，卷宗內更存有足以推翻該等事實的相反證據，故根據《民事訴訟法典》第599條第1款a)項之規定，對該等事實提出爭執，並認為該等事實應全部被裁定為不獲證實。
- 首先，對於上述「二、上訴理據：」中第22條所指第i)、ii)及iv)條之事實(為著產生一切所須效力，在此視為完全轉錄)，單憑對立當事人早前附入行政卷宗的第28至44頁、100至112、186至197、257至259、268至300頁之印有“D”、“E”、“D E”等字眼之產品的相片、一些明星或普通人穿上印有“D”、“E”、“D E”等字眼之產品的相片及第261至266頁一些只有“D”一字的“徽章”或“刺繡”，根本不足以認定...“a marca está naturalmente associada a Inglaterra “D E” e existe uma ligação histórica a Hong Kong...”此一事實。
- 再者，涉及“...não menos importante é a marca estar registada desde os anos 90 na República Popular da China (doc. 10).”此事實認定方面，原審法庭援引了相信是對立當事人向行政卷宗附入之Doc. 10，而對立當事人合共附

入了兩份“Doc. 10”之文件，分別見行政卷宗第45至47頁及第319頁，可是，當中第45至47頁的確顯示了對立當事人在中國註冊了商標，但該商標卻並非是在90年代於中國註冊，而是2013年7月21日才註冊，且按國家工商行政管理總局商標局的網站資料顯示(見文件1)，該商標現時尚待“撤銷/無效宣告申請審查中”；此外，卷宗第192至204頁亦不乏文件證明對立當事人在中國註冊的部份商標被駁回申請、宣告無效或被異議中。

- 至於行政卷宗第319頁卻是一些對立當事人在台灣(而非中國)登記商標的情況，當中雖然有5個商標(註冊號:0XXXXX07、0XXXXX48、0XXXXX61、0XXXXX35、0XXXXX22及0XXXXX36)是在80年代開始登記，可是，已在2005年隨著批給期限屆滿而沒有續期而失效，其餘3個商標是在2009年才重新登記的，實在難以證明對立當事人商標“...a marca estar registada desde os anos 90 na República Popular da China...”。
- 更甚者，根據英國政府官方網站及其他相關文件顯示(見卷宗第83至152頁)，對立當事人雖然成立於1989年8月22日，但於成立時股東出資只有300英鎊(即折合為澳門幣3,186.59)，業務範圍為商業服務諮詢，即使根據對立當事人2016年4月遞交之年度報表，對立當事人之資本更跌至252英鎊(即折合為澳門幣2,676.79)，而至2013年，資產約有492英鎊(即折合為澳門幣5,226.01)，其資產至少從2003年到2014年幾乎沒有出現任何變動，且基於對立當事人沒有從事過任何商業業務活動，故其業務已顯示為“F”(中譯:F公司)，是一所處於休業狀態與不活動的休眠公司。
- 同時，根據卷宗第176至191頁，上訴人亦有在韓國、中國、緬甸、新加坡、印尼、日本、老撾、馬來西亞、菲律賓、香港、柬埔寨等地方註冊商標(亦見文件2至文件9)，以及根據卷宗第206至272頁及經濟局行政卷宗第406至450頁，上訴人除了在南韓使用被爭議商標圖

樣去發展及建立自己品牌及服裝王國，屬無人不識的馳名商標及品牌，其在中國內地及其他東南亞地區亦有業務；與之相反，對立當事人並沒有向卷宗附入任何文件證明其在香港註冊商標，亦沒有證明對立當事人在中國及香港擁有銷售據點；這些皆可推翻原審法庭認定"....que configure aproveitamento da reputação empresarial que a Reclamante tem na Europa, Inglaterra, RAEH e RPC...." 及 "...sendo que a recorrente a desenvolve na Coreia do Sul e a recorrida parte contrária a desenvolve em locais diversificados..."。

- 因此，在分析上述載於卷宗及與本上訴附呈之文件後，原審法庭不正確認為上述「二、上訴理據：」中第22條第i)、ii)及iv)條所指之事實**為已證事實**，因此，上訴人以上述依據按照《民事訴訟法典》第599條對事實提出爭執，並請求應裁定**該等事實為未獲證實**。
- 至於上述「二、上訴理據：」中第22條第iii)、vi)及vii)條所指之事實(為著產生一切所須效力，在此視為完全轉錄)，卷宗內並沒有任何具體證據可導致原審法庭認定該等事實為已獲證實，故上訴人亦依據《民事訴訟法典》第599條對該等事實提出爭執，並基於缺乏證據及沒有調查該等事實，亦請求應裁定該等事實為未獲證實。
- 最後，就上述「二、上訴理據：」中第22條第v)、viii)及ix)條所指之事實(為著產生一切所須效力，在此視為完全轉錄)，上訴人只曾在最初聲請書中，指出對立當事人在1995年7月27日將有關D E [REDACTED] 類別的所有商標轉讓予一間名為“G.,Ltd.”的韓國公司，並附入卷宗第168頁之文件，該文件上沒有顯示究竟當時對立當事人轉讓了甚麼圖樣及類別的商標，亦沒有行文顯示當時對立當事人只向“G.,Ltd.”轉移其在南韓擁有的商標權利。
- 縱然對立當事人在答覆時附入了三份文件(見卷宗第327至328頁、第331頁及第336至338頁，當中第331頁對應上指卷宗第168頁之

文件，並指稱這才是完整的轉讓文件，可是當中第 327 至 328 頁及第 336 至 338 頁之文件未有如同卷宗第 168 及 331 頁之文件般進行公證，且按該等文件內容顯示有關行為是於同一日作成的，但卻分開以附加合同方式作出中第 327 至 328 頁及第 336 至 338 頁之文件，未免令人質疑該兩份文件真實性；

- 更重要的是，經在南韓“專利局”官方網站查證，對立當事人在南韓只曾在 1993 年 2 月 15 日申請及獲批給 3 個 [REDACTED] “商標”，且該等商標在對立當事人作出上述轉讓後，直至今日，已再沒有由對立當事人擁有(見卷宗第 153 至 163 頁，以及文件 10 至文件 12)
- 加上，在對立當事人於 1993 年 2 月 15 日在南韓申請註冊上述商標，直至 1995 年 7 月 27 日作出轉讓，在這段期間，按照卷宗現有資料均可顯示，對立當事人沒有在其他國家申請註冊過該圖樣 [REDACTED] ；
- 甚至是，對立當事人作為一所英國公司，其只是在 1993 年 5 月 5 日才向英國具權限當局申請註冊 [REDACTED] 商標，以及在 1995 年 9 月 29 日獲批給登記(見卷宗第 166 頁)；
- 這表示，在對立當事人向上指韓國公司作出轉讓時，當時它並沒有在世界其他國家申請及獲批給註冊“商標” [REDACTED]，該等“商標” [REDACTED] 不再由對立當事人擁有，故此，對立當事人當時是向該南韓公司完全轉讓了該等商標圖樣，而並非賦予使用權予該所韓國公司。
- 雖然對立當事人有可能在許多其他國家與地區註冊商標，但這些都是在對立當事人轉讓當時僅在南韓擁有的 D E [REDACTED] 類別之所有商標後才發生的，以中國為例子，對立當事人所註冊之 D E [REDACTED] 類別商標有部份商標被駁回申請、宣告無效或被異議中亦被上訴人爭議中，及有部分被撤銷登記(見經濟局卷宗第 304 頁、卷宗第 67 頁，以及卷宗第 192 至 205 頁)。
- 更重要的是，對立當事人作出轉讓(而非賦予使用權)的商標圖樣 [REDACTED] 亦

並非現被爭議商標[REDACTED]，其圖樣[REDACTED]是多了“E”一字的。

- 同時，上訴人亦在韓國、中國、緬甸、新加坡、印尼、日本、老撾、馬來西亞、菲律賓、香港、柬埔寨等地方註冊商標申請註冊了商標[REDACTED] (見卷宗第 176 至 191 頁及文件 2 至文件 9)。
- 上述皆可證明，原審法庭認定“上訴人為了在南韓使用商標(被上訴裁判沒有指明是甚麼商標)，亦必須取得對立當事人的使用許可，因而在大眾消費者如此多樣化的澳門使用商標(被上訴裁判沒有指明是甚麼商標)亦須取得對立當事人的許可” - 是不正確的，原審法庭完全忽略考慮上述由上訴人提出之事實理據及相關文件，以及錯誤採納不具證明力的文件，故上訴人以上述各項依據按照《民事訴訟法典》第 599 條對該等事實提出爭執，並請求應裁定上述「二、上訴理據：」中**第 22 條所指第 v)、viii) 及 ix) 條所指之事實為未獲證實**。
- 再說，於本案中，向上訴人批給被爭議商標[REDACTED]註冊根本不可能對對立當事人在澳門市場上構成不正當競爭。
- 如同本結論第 xx) 項所指(為着產生一切所須效力，在此視為完全轉錄)，根據英國政府官方網站及其他相關文件顯示，對立當事人是一所處於休業狀態與不活動的休眠公司。(見 <https://XXX>，及卷宗第 83 至第 152 頁)
- 以對立當事人之公司狀況而言，是不能讓人信服其從事銷售業務，及在世界各地利用[REDACTED]又或[REDACTED]商標銷售產品，包括現被爭議商標申請使用之產品種類，其品牌具有令人不容忽視的馳名性。
- 更重要的是，雖然對立當事人曾於 1997 年 9 月 3 日向澳門經濟局申請註冊商標[REDACTED] (而非被爭議商標[REDACTED]) 第 N/XX44 號，並於 1998 年 2 月 11 日起獲批給，商標註冊類型為 9，但該商標已於 2004 年 7 月 30 日失效(見卷宗第 67 頁)。
- 及後，自 2004 年至今這 12 年間，對立當事人任由其本已在經濟局註

冊及批給之第 N/XX44 號商標失效，且於上訴人在 2015 年 1 月 7 日申請註冊被爭議商標 [REDACTED] (而非曾在澳門註冊之 [REDACTED] 圖樣)後，方於 2015 年 6 月 17 日作出同類商標申請(見卷宗第 67 頁及第 205 頁)。

- 可見，對立當事人對其本已在澳門註冊的商標多年不作為及放任行為足以顯示其從來沒有重視本澳市場，以及對澳門市場毫無興趣，在上訴人提出申請被爭議商標註冊時，對立當事人在澳門根本從沒有以其公司名義利用其“商標” [REDACTED] 進行任何類型之商業銷售及推廣活動；
- 換句話說，在上訴人提出被爭議商標 [REDACTED] 註冊申請前，對立當事人本身根本不具有《商法典》第 156 條及續後條文內所規定「參與市場活動者」、「競爭者」之身份，故上訴人認為，批准上訴人被爭議商標註冊申請，繼而上訴人使用被爭議商標投入及開展澳門商業活動，並不會在澳門市場內導致任何不正當競爭行為。
- 此外，尚須指出，一如本結論第 xxiv)至 xxxii)項所指（為着產生一切所須效力，在此視為完全轉錄），上訴人不曾因在南韓使用商標 [REDACTED] 而要求對立當事人批給使用許可，且對立當事人在澳門根本沒有註冊任何與被爭議商標圖樣 [REDACTED] 相似的商標註冊，故在本澳地域內，上訴人不曾亦不會侵犯對立當事人的商標權，亦談不上模仿其商標，因而根本不可能存在任何《商法典》第 156 條及續後條文所規定之不正當競爭，故亦不存在《工業產權法律制度》第 9 條第 1 款適用第 214 條第 1 款 a)項之須拒絕註冊之理由。
- 再說，原審法庭完全忽略了上訴人除了在南韓使用該等商標發展及建立其服裝王國，是一個無人不識的馳名商標及品牌外，其在中國內地及其他東南亞地區亦有業務。
- 上訴人多年來投入大量資金，為載有被爭議商標圖樣 [REDACTED] 之自家品牌產品進行宣傳推廣，更邀請 K-POP 韓國流行音樂明星及模特兒進行宣傳，贊助他們的服務及演唱會周邊商品，如歌星 H、韓國天團 I、J 等，

使得上訴人之 D E 品牌不但在韓國、甚至在中國內地及其他東南亞地區聲名大噪（見經濟局行政卷宗第 406 至 425 頁，及卷宗第 206 至 219 頁）。

- 眾所周知，南韓近年亦吸引不少來自中國、日本、香港、台灣及澳門旅客，而上訴人在旅客必定拜訪的江南（Gangnam）地區、首爾的 K 公司及 Myeong-dong 明洞擁有多個銷售據點及零售據點，並為了吸引中國、日本、香港、台灣及澳門消費者，上訴人定期雇用廣告名模與歌手於樂天百貨公司舉行簽名會推廣品牌 D E [REDACTED]。（見卷宗第 220 至 229 頁）
- 上訴人更在數年前開始在仁川國際機場的廣告燈箱中通過巨型屏幕電視廣告，將載有第 N/XXX68 號商標圖樣 [REDACTED] 之自家品牌向全世界進行了宣傳。【仁川國際機場 6 個月的廣告費為韓幣 2 億元（折合約為澳門幣 140 萬元），已是對立當事人資產的 520 倍】。（見卷宗第 230 至 240 頁）
- 加上，近年 K-POP 韓國流行音樂及韓國潮流風靡全球，日本、香港、台灣及澳門均受這股熱潮所影響，韓劇及綜藝節目等老少咸宜，在香港及澳門電視均有傳播，而年輕一輩在服飾打扮上均追捧韓風，故此上訴人之載有被爭議商標圖樣 [REDACTED] 之自家品牌在中國與東南亞地區是廣受歡迎的（包括澳門在內），這是因為上訴人銷售之相應產品多走年輕路線，其時尚設計與韓國流行歌手 K-POP STAR 的廣告使得越來越多的中國、日本、香港、台灣、澳門及亞洲其他國家顧客認識上訴人載有被爭議商標圖樣 [REDACTED] 之自家品牌。（見經濟局行政卷宗第 406 至 450 頁，卷宗第 206 至 240 頁）
- 而上訴人為了照顧中國（包括港、澳、台）顧客，讓他們與韓國顧客同時買到最新推出之產品，上訴人已在中國內地設立生產線，並建立一所中韓合資公司「L 有限公司」，並已獲上訴人由中國相關的工商行政管理局處獲得許可設立外商企業以及中國營運執照與進出口許可證（見

經濟局行政卷宗第 425v 至 450 頁，以及卷宗第 241 至 257 頁)。

- 上訴人合資之「L 有限公司」已在中國深圳、長沙、南京、杭州、大連、成都、天津及沈陽設立多個站點，指定不同的合法代理人來執行銷售業務；(見經濟局行政卷宗第 425v 至 450 頁，以及卷宗第 241 至 257 頁)
- 更在廣為港澳地區知曉及使用的 M、N、O、P 等網上購物平台上可購買載有被爭議商標圖樣 [REDACTED] 之自家品牌 (<http://www.XXX.com>)，目標客戶為中、港、澳、台的消費者(見經濟局行政卷宗第 441 至 450 頁，以及卷宗第 245 至 269 頁)。
- 另外，上訴人及其合資公司「L 有限公司」不斷持續努力於中國內地人氣搜尋網 Q 及近來火紅的 R 等社交平台上促銷被爭議商標圖樣 [REDACTED] (見卷宗第 271 至 272 頁)。
- 可是，對立當事人除了向卷宗附入任何文件證明有在中國註冊一些商標外，卻不曾證明其在中國及香港擁有銷售據點及/或店鋪。
- 原審法庭完全忽略考慮上述對作出良好裁判屬重要的事實，更錯誤認定這個創立於 90 年代的英國品牌仍然是主導現時盛行的年輕潮牌“D”的始祖，完全沒有考慮上訴人使用被爭議商標 [REDACTED] 而發展的業務及品牌不單在南韓，甚至是在中國內地、香港、台灣及澳門亦有相當高的知名度。
- 須知道，不論是對立當事人抑或是上訴人向法庭附入有關它們使用商標而推出市面的產品，可以看到他們各自商品的銷售對象都是時下年青人，年青人泛指出生於 1980 年代末至 2000 年代初之人，試問這些年青人又怎會認識對立當事人這個在 90 年代的品牌？
- 事實上，從對立當事人向行政卷宗附入的第 100 至 112 頁、186 至 197、257 至 259、261 至 266 及 268 至 298，當中極大部分相片似乎是屬於 90 年代的相片，相片中明星亦是那些年代的明星，如 S、樂隊 T、U 及 V 等；相反，上訴人邀請的卻是近年火紅的 K-POP 韓國流行音樂明

星及模特兒進行宣傳，贊助他們的服務及演唱會周邊商品，如歌星 H、韓國天團 I、J 等。

- 既然上訴人及對立當事人都尚未在澳門展開任何商業活動，原審法庭更不能單單考慮對立當事人曾經在 90 年代建立商譽，去裁定若對上訴人批給被爭議的商標將會對對立當事人構成不正當競爭；而是應該同時考慮上訴人自 20、21 世紀努力發展及建立的商譽。
- 須強調的是，上訴人在南韓、中國、新加坡、馬來西亞及緬甸等地也使用被爭議商標發展業務，韓國每年亦有為數不少的澳門本地居民及中國旅客到訪，同樣地，澳門每年的旅客中也有大部份是來自中國、韓國、馬來西亞及新加坡的，甚至澳門也有不少來自南韓的新移民以及緬甸華僑，即使是來自中國的訪澳旅客，由於上訴人在中國亦有在 M、O、N、P 等開設網上商城及已在中國多個大省市設立銷售站點及大型實體店，故來自中國的訪澳旅客亦認識上訴人的品牌及其產品。
- 因此，上訴人認為根據載於卷宗的所有證據資料，根本不足以判定在澳門市場上，上訴人若使用被爭議的商標在澳門推出產品，是在利用及抹黑對立當事人的才幹並導致其客戶群流失；以及，卷宗內的所有證據資料，亦不能排除對立當事人日後若在澳門使用被爭議的商標推出產品是在利用及抹黑上訴人的才幹並導致其客戶群流失及產生商品混淆此等可能性。
- 對立當事人隨意地讓自己在澳門註冊的商標從 2004 年 7 月 29 日起被終止，這表明對立當事人自一開始已經沒有意圖把其聲稱擁有的商標圖案用於澳門市場的開發，或至少，自 2004 年 7 月 29 日第 N/XX44 號商標 [REDACTED] 處於終止狀況日起，對立當事人經已不再具意慾用第 N/XX44 號商標 [REDACTED] 開拓澳門的市場（見卷宗第 67 頁）。
- 而令人驚奇的是，對立當事人於上訴人在 2015 年 1 月 7 日申請註冊被爭議商標 [REDACTED] 後，於 2015 年 6 月 17 日是申請註冊圖樣為 [REDACTED] 之商標，

而不是其本身在 90 年代建立之品牌而使用的商標圖樣 [REDACTED] (見卷宗第 67 頁及第 205 頁)。

- 既然是對立當事人自己放任及選擇不在澳門使用本身已註冊的商標 [REDACTED] 並導致該商標使用權終止，此後，對立當事人沒有權利亦不應禁止已擁有商譽的上訴人在澳門使用 [REDACTED] 商標發展業務。
- 中級法院在第 170/2016 號案件中引用了 Luís M. Couto Gonçalves 對不正當競爭的分析根據上述判決以及所引用的學說，令我們清楚知道不能單純因為商標之間存有相似就認為必然存在不正當競爭，因為對於不正當競爭的出現，關鍵還在於首先存在競爭關係，而非競爭者的單純市場行為不可視為競爭關係。
- 而且，根據《商法典》第 158 條對於不正當競爭的一般條款，立法者規定：一切在客觀上表現出違反經濟活動規範及誠信慣例之競爭行為，均構成不正當競爭行為。
- 由此可見，倘被上訴人以存有不正當競爭作為拒絕上訴人被爭議商標註冊的理由時，又或當原審法院以同樣理由駁回上訴人註冊被爭議商標的司法上訴請求時，被上訴人或原審法院必須先證明上訴人與對立當事人在澳門存有競爭關係。
- 雖然原審法院在被上訴裁判中指出基於地域原則，在考慮給予/否定上訴人的被爭議商標註冊時，應僅把澳門地區列作考慮因素；但當原審法院作出判決時，卻又表示上訴人當年在南韓開始發展相關事業前，先從對立當事人身上取得了相關商標的使用權，繼而認為上訴人若在澳門地區使用相關商標，但又沒有取得對立當事人的許可時，便會構成不正當競爭。
- 一如上述，雖然上指並非為事實，但上訴人認為原審法庭在考慮是否存有不正當競爭時出現了邏輯上的矛盾，因為原審法庭把其本已排除的外來因素用作考慮上訴人在澳門地區使用未有任何註冊的被爭議商

標進行商業行為是否構成不正當競爭，並成為其判案理由，除了原審法庭不應該因此而把海外商標的使用權問題帶入澳門地區作為考慮因素，違反《工業產權法律制度》第4條所規定的地域原則，亦令被上訴裁判沾上《民事訴訟法典》第571條第1款c)項規定之「所持依據與所作裁判相矛盾」之無效瑕疵。

- 必須再次指出，根據上述Luís M. Couto Gonçalves的見解、澳門《商法典》第158條、《工業產權法律制度》第4條之規定以及原審法庭所確認的地域原則，上訴人認為判斷上訴人是否出現不正當競爭，大前提是需要分析上訴人以及其對手(包括但不限於對立當事人)事前是否已努力使用有關商標開拓自身業務並已獲取本地區消費者的認識，本地區的消費者可以是本地市民亦可以是到澳門消費的外地遊客，但所涉及的皆只能是在澳門本身進行的消費行為。
- 觀乎卷宗的資料所示(尤其是卷宗第67頁)，已很清楚是對立當事人放棄在澳門使用曾獲批給的商標，對立當事人一直沒有在澳門進行過任何商業行為，因此，試問上訴人與對立當事人之間在澳門又何來競爭關係？亦由於對立當事人在澳門從來沒有進行過商業推廣以在澳門消費者間建立聲譽，上訴人又何來剽竊對立當事人在澳門地區的聲譽以取得市場佔有率，又或會令澳門消費者流向上訴人，又或澳門消費者怎能將對上訴人的產品與對立當事人不曾在澳門銷售的產品產生混淆？甚至乎當對立當事人從來沒有在澳門使用其商標圖樣進行過實際的商業推廣，對立當事人的產品在澳門消費者間又有何吸引力可言？
- 綜上所述，上訴人認為根據澳門地區的客觀環境，其本身在澳門使用及發展被爭議商標[REDACTED]並不可能對對立當事人造成任何不正當競爭，尤其是上訴人早已在澳門地區以外的其他國家及地區(包括但不限於南韓、中國、緬甸、新加坡、印尼、日本、老撾、馬來西亞、菲律賓、香港、柬埔寨)使用及發展被爭議商標[REDACTED]、建立商譽，上訴人在該等

東南亞區已擁有令人無法忽視的馳名事實；加上，在上訴人申請被爭議商標[REDACTED]註冊時，對立當事人在澳門沒有任何商業活動（遑論使用有關商標[REDACTED]），因而上訴人並沒有與對立當事人有任何已存在的具競爭性質的商業活動，上訴人並沒有不誠實地及違反經濟活動規則下，擬使用被爭議商標[REDACTED]在本澳進行與對立當事人不當競爭的商業活動，故上訴人認為原審法庭認定對上訴人批給被爭議商標[REDACTED]註冊為不正當競爭是完全缺乏充分的事實及法律依據，亦忽略考慮了眾多上訴人提出之重要事實以平衡訴訟雙方之利益；

- 在此前提下，上訴人按照《民事訴訟法典》第 629 條之規定，請求變更原審法庭就事實事宜作出之裁判，並裁定上述「二、上訴理據：」中第 22 條第(i)至(ix)所指載於被上訴裁判之事實(為著產生一切所須效力，在此視為完全轉錄)視為不獲證實，以及擴大事實調查基礎，納入上述「二、上訴理據：」中第 31、32、38 至 40、42、44、48、50 至 51、53、59 至 66 條所指之事實(為著產生一切所須效力，在此視為完全轉錄)，並裁定該等事實為已獲證實。
- 繼而懇請中級法院法官 閣下裁定被上訴裁判存有《民事訴訟法典》第 571 條第 1 款 b) 項及 c) 項規定之「所持依據與所作裁判相矛盾」之無效瑕疵，違反《工業產權法律制度》第 4 條規定之地域原則，以及第 9 條第 1 款及第 214 條第 1 款 a) 項之規定，因而應撤銷/廢止被上訴裁判，並裁定廢止被上訴人經濟局不給予第 N/0XXX68 商標註冊[REDACTED]的批示，且由於不存在其他可拒絕該商標註冊的理由，因而須命令經濟局批准被爭議商標註冊。

*

A Recorrida **B Limited** respondeu à motivação do recurso acima em referência nos termos constante a fls. 552 a 586 dos autos, cujo teor aqui se dá por integralmente reproduzido, pugnando pela improcedência do

recurso.

*

Foram colhidos os vistos legais.

*

II – Factos

O Tribunal *a quo* fixou a factualidade apurada pela forma seguinte:

“Além dos documentos constantes dos autos, nenhum outro meio de prova documental, testemunhal, ou outro, que tenha sido requerido ou que se vislumbre ex officio, há a produzir.

Os factos necessários à decisão que se consideram demonstrados constam dos elementos dos autos e serão referidos ao longo da fundamentação de direito que se segue, razão por que não serão enumerados expressa e autonomamente.”

*

III – Fundamentação

1. Do recurso interlocutório:

1.1. Da eventual irregularidade da representação judiciária nos presentes autos:

Entende a Recorrente que a procuração da Recorrida particular junta aos autos não reúne os requisitos legais exigidos pelo Código Notariado da RAEM, pelo que deveria considerar-se ficar sem efeito tudo o que tiver sido praticado pelo mandatário da Recorrida particular.

Não lhe assiste razão.

A decisão recorrida tem o seguinte teor:

“ ...

II - Da regularidade da representação judiciária da parte contrária na presente instância de recurso.

A recorrente aponta às procurações juntas aos presentes autos de recurso (fls. 344 a 349 e 364 a 370) os mesmos defeitos que aponta à procuração junta na fase administrativa: não observância das exigências formais estabelecidas no Código do Notariado da RAEM.

As procurações juntas pela parte contrária aos presentes autos concedendo poderes forenses aos seus mandatários foram exaradas no exterior da RAEM.

Quatro regras básicas disciplinam o seu estatuto no que respeita à forma.

A primeira dispõe que a forma "mínima" que deve respeitar é a que vigora no local onde a procuração foi exarada (art. 35º, nº 1, 2ª parte do CC). Na verdade, não se trata de caso em que a lei da RAEM (art. 77º do CPC ex vi art. 1º do CPAC) exige determinada forma mesmo para os documentos exarados no exterior, como é o caso dos testamentos dos residentes da RAEM (art. 2054º CC). Bem se compreende esta regra. Não se deve, por princípio, exigir as formalidades da lei da RAEM para documentos exarados no exterior, pois que pode não ser possível observar tais formalidades no lugar onde são exarados os documentos. Basta pensar em jurisdições que não tenham notários públicos ou noutras menos desenvolvidas que não tenham registo civil e/ou predial para concluir que certas exigências formais da lei da RAEM não são possíveis de satisfazer em documentos oriundos dali.

A segunda regra é a que dispõe que a prova do direito "estrangeiro" compete àquele que o invoca, sem prejuízo de o tribunal "procurar "... (art. 341º, nº 1 e 3 do CC).

A terceira regra dispõe que os documentos do exterior, passados em conformidade com a lei do local onde foram exarados, fazem prova na RAEM como os equivalentes aqui exarados, excepto se houver dúvidas (fundadas) quanto à autenticidade (art. 358º do CC).

A quarta regra vem da "convenção da apostilha" : nunca é obrigatória a

aposição da apostilha (art. 5º). A parte que quiser livrar-se da regra do nº 2 do art. 358º do CC deve recorrer à apostilha. A que não quiser, não necessita.

Estão em causa documentos públicos (autênticos ou autenticados) cuja força probatória plena só pode ser abalada mediante a prova da respectiva falsidade (art. 366º, nº 1 e 370º, nº 1 do CC). Se os documentos são exarados na RAEM, nada a excepcionar. Se os documentos são exarados no exterior, aquele a quem são opostos na RAEM teria sérias dificuldades em demonstrar que são falsos e aquele que os utiliza teria sérias dificuldades em demonstrar que são genuínos. Os dois mecanismos para obviar a estas dificuldades são a legalização e a apostilha. Na legalização, a parte que pretende trazer o documento do exterior dirige-se à sua embaixada para que ateste que o documento respeita as leis locais. Na apostilha, a parte que pretende trazer o documento dirige-se às autoridades locais para que certifiquem o mesmo. A apostilha destina-se a dispensar a legalização nos países membros da respectiva convenção. A RAEM não tem representação diplomática própria no exterior, mas é membro da "convenção da apostilha". Daí que não se exija a legalização dos documentos do exterior como é normal nas várias jurisdições e como ocorria no anterior código de processo civil que vigorou quando a RAEM ainda não existia e a representação diplomática do território estava assegurada. Nessa altura, quem quisesse trazer do estrangeiro um documento para utilizar em Macau, tinha duas vias: ou se dirigia à representação diplomática de Macau (portuguesa) e legalizava o documento dizendo que respeitava as regras locais, ou se dirigia às autoridades locais e lhe apunha a apostilha (no caso de se tratar de membro da respectiva convenção). Em 1999, como a RAEM deixou de ter representação diplomática no exterior, logicamente, a nossa lei de processo deixou de exigir a legalização e a nossa lei substantiva adaptou-se nos termos do art. 358º do CC. Ficou, pois, a apostilha nos países que subscreveram a respectiva convenção e não ficou nada nos países não membros. A apostilha destina-se a

dispensar a legalização dos documentos públicos do exterior, de forma que, depois de aposta a apostilha, só a prova da falsidade obsta à sua força probatória plena. Ternos, pois, que, presentemente, não é exigida a legalização nem a apostilha e os documentos do exterior valem como os da RAEM, com urna excepção: a do n.º 2 do art. 358.º do CC. Relativamente aos documentos autênticos ou autenticados da RAEM e aos do exterior com apostilha só mediante prova de falsidade se pode combater a sua força probatória plena. Relativamente aos do exterior sem apostilha, já basta a dúvida fundada acerca da autenticidade para os retirar da força probatória plena e os fazer cair na livre convicção.

Não adianta, portanto, esgrimir as exigências do código do Notariado da RAEM contra as procurações do exterior que a parte contrária juntou aos autos. Nem adianta esgrimir que não houve aposição da apostilha se não se levantarem dúvidas sobre a autenticidade do documento. E a recorrente não colocou o tribunal perante dúvida fundada sobre a autenticidade do documento. Nem a questionou sequer.

Ora, perante o que ficou dito, o defeito formal apontado pela recorrente às procurações é irrelevante (relativo à lei de Macau).

Conclui-se, pois, nenhuma irregularidade haver no mandato forense da parte contrária, especialmente naquele que foi conferido pela última das procurações juntas que ratificou o processado e reconheceu a assinatura e os poderes do mandante...”.

Trata-se duma decisão que aponta para a boa solução do caso, com a qual concordamos na sua íntegra, pelo que ao abrigo do n.º 5 do art.º 631.º do CPCM, negamos o recurso nesta parte com os fundamentos invocados na decisão recorrida.

Aliás, ainda que existisse a irregularidade da procuração, a sua consequência imediata nunca é considerar-se ficar sem efeito tudo o que tiver sido praticado pelo mandatário, tal como é pretendido pela Recorrente,

mas sim fixar o prazo para a parte faltosa suprir a falta ou corrigir o vício e ratificar o processado. Só em caso não estiver regularizada a situação dentro do prazo fixado, é que se dá sem efeito tudo o que tiver sido praticado pelo mandatário.

1.2. Da eventual irregularidade da representação judiciária no procedimento administrativo:

No ponto supra já decidimos que a procuração da Recorrida particular não é irregular, pelo que não resta outra alternativa senão de negar provimento ao recurso nesta parte.

1.3. Da apensação dos autos:

Para a Recorrente, aos presentes autos se aplicam as regras do CPCM e não do CPAC, daí que o Tribunal *a quo* errou ao indeferir a sua pretensão de apensação dos autos com fundamento no n.º 1 do art.º 82.º do CPAC.

Tem razão a Recorrente no sentido de que as regras do CPAC não se aplicam ao caso *sub justice*, já que o recurso judicial previsto no RJPI não cabe no âmbito da jurisdição administrativa, mas sim civil, visto que o que se discutem nos presentes autos são questões de direito privado (cfr. al. 5) do art.º 19.º da Lei n.º 9/1999 – Lei de Bases da Organização Judiciária).

No entanto, com o decurso do tempo, deixou de ter o interesse de apreciar esta parte do recurso no sentido saber se deve operar ou não a apensação dos autos no Tribunal *a quo*, uma vez que os autos CV1-0042-CRJ e CV1-0043-CRJ já foram decididos ao nível da primeira instância, cujas decisões foram objecto de recurso jurisdicional neste TSI, sob os n.ºs 42/2019 e 1011/2018, respectivamente (factos conhecidos no exercício da função).

Pelo exposto, não é de conhecer do recurso nesta parte.

2. Da nulidade da sentença por falta da especificação dos fundamentos de facto:

Tem razão a Recorrente.

Prevê o n.º 2 do art.º 562 do CPCM que o juiz deve discriminar na sentença os factos que considera provados, sob pena da nulidade da sentença nos termos da al. b) do n.º 1 do art.º 571.º do mesmo Código.

No caso em apreço, o Tribunal *a quo* fixou a factualidade apurada simples pela forma seguinte:

“Além dos documentos constantes dos autos, nenhum outro meio de prova documental, testemunhal, ou outro, que tenha sido requerido ou que se vislumbre ex officio, há a produzir.

Os factos necessários à decisão que se consideram demonstrados constam dos elementos dos autos e serão referidos ao longo da fundamentação de direito que se segue, razão por que não serão enumerados expressa e autonomamente.”

Salvo o devido respeito, não se afigura que o Tribunal *a quo* tenha dado cumprimento à formalidade legalmente exigida, pois não está em causa qualquer forma de discriminação de factos, mas sim uma simples e mera referência genérica.

A exigência da discriminação de factos visa permitir tanto as partes, como eventualmente o Tribunal de recurso, conhecer facilmente quais são os factos foram considerados provados pelo julgador *a quo*.

Sem esta discriminação, não é possível, ou pelos menos dificulta, as partes, em sede de recurso, impugnar a decisão da matéria de facto, pois têm de andar da procura dos mesmos ao longo da fundamentação de direito, e por vezes não se sabem se se tratam de factos objectivos ou de factos

conclusivos.

A mesma impossibilidade ou dificuldade também existe ao nível deste TSI na apreciação da sentença recorrida se decidiu bem ou mau, quer na matéria de facto, quer de direito.

Assim, é de declarar a nulidade da sentença nos termos da al. b) do n.º 1 do art.º 571.º do CPCM e determinar a baixa dos autos ao Tribunal *a quo* para discriminar os factos que considera provados.

*

Fica prejudicado o conhecimento de outras questões suscitadas.

*

IV – Decisão

Nos termos e fundamentos acima expostos, acordam em:

- negar provimento ao recurso interlocutório na parte que diz respeito à irregularidade da representação judiciária, confirmando a decisão recorrida;
- não é de conhecer do recurso interlocutório na parte respeitante à apensação de processos.
- conceder provimento ao recurso final, declarando a nulidade da sentença e determinando a baixa dos autos ao Tribunal *a quo* para se pronunciar explicitamente sobre a matéria de facto que considera provada.

*

Custas do recurso interlocutório pela Recorrente.

Custas do recurso final pela Recorrida particular.

Notifique e registe.

*

RAEM, aos 21 de Fevereiro de 2019.

Ho Wai Neng

José Cândido de Pinho

Tong Hio Fong