

DOMSTOLENS DOM (Tiende Afdeling)

29. juli 2019 (*)

»Appel – EU-varemærker – forordning (EU) nr. 207/2009 – artikel 4 og artikel 7, stk. 1, litra a) – absolut registreringshindring – ugyldighedssag – kombination af to farver i sig selv – ingen systematisk opstilling, der forbinder farverne på en forudbestemt og uforanderlig måde«

I sag C-124/18 P,

angående appel i henhold til artikel 56 i statuten for Den Europæiske Unions Domstol, iværksat den 15. februar 2018,

Red Bull GmbH, Fuschl am See (Østrig), ved Rechtsanwalt A. Renck og abogada S. Petivlasova,

appellant,

de øvrige andre parter i appelsagen:

Den Europæiske Unions Kontor for Intellektuel Ejendomsret (EUIPO) ved A. Folliard-Monguiral og D. Botis, som befuldmægtigede,

sagsøgt i første instans,

Marques, Leicester (Det Forenede Kongerige), ved solicitor R. Mallinson og Rechtsanwalt T. Müller,

Optimum Mark sp. z o.o., Warszawa (Polen), ved adwokaci R. Skubisz, J. Dudzik og M. Mazurek samt ved advocate E. Jaroszyńska-Kozłowska,

intervenienter i første instans,

har

DOMSTOLEN (Tiende Afdeling),

sammensat af afdelingsformanden, C. Lycourgos, og dommerne E. Juhász (refererende dommer) og M. Ilešič,

generaladvokat: G. Pitruzzella,

justitssekretær: A. Calot Escobar,

på grundlag af den skriftlige forhandling,

og idet Domstolen efter at have hørt generaladvokaten har besluttet, at sagen skal pådømmes uden forslag til afgørelse,

afsagt følgende

Dom

- 1 I appelskriftet har Red Bull GmbH nedlagt påstand om ophævelse af dom afsagt af Den Europæiske Unions Ret den 30. november 2017, Red Bull mod EUIPO – Optimum mark (Kombination af farverne blå og sølv) (T-101/15 og T-102/15, herefter »den appellerede dom«, EU:T:2017:852), hvorved Retten frifandt Den Europæiske Unions Kontor for Intellectuel Ejendomsret (EUIPO) i søgsmål, anlagt til prøvelse af to afgørelser truffet den 2. december 2014 af Første Appenkammer ved EUIPO (sag R 2036/2013-1 og sag R 2037/2013-1) vedrørende to ugyldighedssager mellem Optimum Mark sp. z o.o. og Red Bull.

Retsforskrifter

Forordning (EF) nr. 40/94

- 2 Artikel 4 i forordning (EF) nr. 40/94 af 20. december 1993 om EF-varemærker (EFT 1994, L 11, s. 1) med overskriften »EF-varemærkets form« bestemmer:

»Et EF-varemærke kan bestå af alle tegn, der kan gengives grafisk, navnlig ord, herunder personnavne, afbildninger, bogstaver, tal, varens form eller emballage, for så vidt disse tegn er egnede til at adskille en virksomheds varer eller tjenesteydelser fra andre virksomheders.«

- 3 Denne forordnings artikel 7 med overskriften »Absolutte hindringer for registrering« har følgende ordlyd:

»1. Udelukket fra registrering er:

- a) tegn, som ikke opfylder betingelserne i artikel 4
- b) varemærker, som mangler fornødent særpræg

[...]

3. Stk. 1, litra b), c) og d), finder ikke anvendelse, hvis mærket som følge af den brug, der er gjort deraf, har fået fornødent særpræg for de varer eller tjenesteydelser, for hvilke det søges registreret.«

- 4 Forordningens artikel 15, der har overskriften »Brug af EF-varemærket«, fastsætter:

»1. Hvis indehaveren ikke inden fem år regnet fra registreringen har gjort reel brug af EF-varemærket inden for Fællesskabet for de varer eller tjenesteydelser, for hvilke det er registreret, eller hvis sådan brug har været suspenderet uden afbrydelse i fem år, underkastes mærket de i denne forordning omhandlede sanktioner, medmindre der foreligger rimelig grund til, at brug ikke har fundet sted.

2. Følgende betragtes ligeledes som brug i henhold til stk. 1:

- a) brug af EF-varemærket i en form, der kun ved enkeltheder, som ikke forandrer varemærkets særpræg, afviger fra den form, hvori det er registreret

[...]«

- 5 Samme forordnings artikel 51 med overskriften »Absolutte ugyldighedsgrunde« har følgende ordlyd:

»1. Et EF-varemærke erklæres ugyldigt efter indgivelse af begæring herom til [EUIPO] eller ved fremsættelse af modkrav under en sag om varemærkekrænkelse:

- a) når det er registreret i strid med bestemmelserne i artikel 5 eller 7
b) når ansøgeren ved indgivelsen af ansøgningen var i ond tro.

2. Selv om EF-varemærket er registreret i strid med artikel 7, stk. 1, litra b), c) eller d), kan det dog ikke erklæres ugyldigt, hvis det som følge af den brug, der er gjort deraf, efter registreringen har fået fornødent særpræg for de varer eller tjenesteydelser, for hvilke det er registreret.

[...]«

Forordning (EF) nr. 207/2009

- 6 Rådets forordning (EF) nr. 207/2009 af 26. februar 2009 om EU-varemærker (EUT 2009, L 78, s. 1), der trådte i kraft den 13. april 2009, ophævede og erstattede forordning nr. 40/94.
- 7 Artikel 4, artikel 7, artikel 15, stk. 1, og artikel 52 i forordning nr. 207/2009 gengiver i det væsentlige indholdet af henholdsvis artikel 4, artikel 7, artikel 15, stk. 1 og 2, og artikel 51 i forordning nr. 40/94.

Tvistens baggrund

- 8 Tvistens baggrund, der er gengivet i den appellerede doms præmis 1-26, kan med henblik på nærværende sag sammenfattes som følger.
- 9 Hvad angår sag T-101/15 indgav Red Bull den 15. januar 2002 en ansøgning om registrering af en kombination af to farver i sig selv som gengivet nedenfor:
- 10 Ved meddelelse af 30. juni 2003 fremlagde appellanten yderligere dokumenter med henblik på at godtgøre det særpræg, som dette varemærke havde opnået ved brug. Den 11. oktober 2004 fremlagde appellanten en beskrivelse af dette, der var affattet således:
- »Den ansøgte beskyttelse vedrører farverne blå (RAL 5002) og sølv (RAL 9006). Forholdet mellem farverne er ca. 50%-50%.«

- 11 De varer, som varemærkeansøgningen vedrørte, henhører under klasse 32 i Nicearrangementet af 15. juni 1957 vedrørende international klassificering af varer og tjenesteydelser til brug ved registrering af varemærker, som revideret og ændret, og svarer til følgende beskrivelse: »energidrikke«.
- 12 EU-varemærkeansøgningen blev offentliggjort i *EF-Varemærketidende* nr. 10/2005 af 7. marts 2005. Varemærket blev registreret den 25. juli 2005 under sagsnr. 002534774 med angivelse af det særpræg, det havde opnået ved brug, og den beskrivelse, der er nævnt i nærværende doms præmis 10.
- 13 Den 20. september 2013 indgav Optimum Mark en begæring til EUIPO om, at varemærket blev erklæret ugyldigt.
- 14 Til støtte for sin begæring gjorde dette selskab gældende dels, at varemærket ikke opfyldte kravene i artikel 7, stk. 1, litra a), i forordning nr. 207/2009, idet den grafiske gengivelse af det ikke indeholdt en systematisk opstilling, der forbandt farverne med hinanden på en forudbestemt og uforanderlig måde, dels, at beskrivelsen af varemærket, hvorefter forholdet mellem de to farver, som varemærket var sammensat af, var »ca. 50%-50%«, gav mulighed for adskillige opstillinger, hvorfor forbrugerne ikke med vished ville kunne gentage en bestemt købsoplevelse.
- 15 Hvad angår sag T-102/15 indgav appellanten den 1. oktober 2010 en anden ansøgning om registrering af et EU-varemærke til EUIPO vedrørende en kombination af to farver i sig selv, som gengivet i nærværende doms præmis 9, og angående de samme varer som dem, der er nævnt i nærværende doms præmis 11.
- 16 EU-varemærkeansøgningen blev offentliggjort i *EF-Varemærketidende* nr. 48/2011 af 29. november 2010.
- 17 Den 22. december 2010 sendte undersøgeren en meddelelse om, at de formelle krav ikke var opfyldt, og opfordrede appellanten til at præcisere »proportionerne mellem de to farver (f.eks. i lige dele) og måden, hvorpå disse skulle fremstå«.
- 18 Den 10. februar 2011 oplyste appellanten undersøgeren, at »[i] overensstemmelse med [dennes] meddelelse af 22. december 2010 underrettede [appellanten] EUIPO [...] om den omstændighed, at de to farver vil[le] blive anvendt i lige dele og sammenstillet«.
- 19 Den 8. marts 2011 blev det andet varemærke registreret på grundlag af det særpræg, det havde opnået ved brug, med angivelsen af farverne »blå (Pantone 2747 C) og sølv (Pantone 877 C)« og med følgende beskrivelse: »De to farver vil blive anvendt i lige dele og sammenstillet.«
- 20 Den 27. september 2011 indgav Optimum Mark en begæring til EUIPO om, at nævnte varemærke blev erklæret ugyldigt, idet selskabet gjorde gældende dels, at varemærket ikke opfyldte kravene i artikel 7, stk. 1, litra a), i forordning nr. 207/2009, dels, at idet udtrykket »sammenstillet« kunne forstås på flere forskellige måder, angav beskrivelsen af varemærket ikke, med hvilken opstilling de to farver skulle påføres varerne, og den var derfor ikke i sig selv fuldstændig, klar og præcis.

- 21 Ved to afgørelser af 9. oktober 2013 erklærede annullationsafdelingen ved EUIPO de to omhandlede varemærker ugyldige (herefter »de omtvistede varemærker«), bl.a. med den begrundelse, at de ikke var tilstrækkeligt præcise. Annullationsafdelingen lagde således vægt på den omstændighed, at de muliggjorde mange forskellige kombinationer, der ikke gjorde det muligt for forbrugeren at opfatte og bevare en bestemt kombination i erindringen, som denne kunne bruge for med vished at gentage købsoplevelsen.
- 22 Red Bull indgav klager over disse to afgørelser for appelkammeret ved EUIPO.
- 23 Ved to afgørelser af 2. december 2014 (herefter »de omtvistede afgørelser«) forkastede Første Appelkammer ved EUIPO disse klager, idet det i det væsentlige fandt, at den grafiske gengivelse af de omtvistede varemærker, bedømt sammen med beskrivelsen, der knyttede sig til dem, ikke opfyldte krav om præcision og varighed, der var blevet fastslået i dom af 24. juni 2004, Heidelberg Bauchemie (C-49/02, EU:C:2004:384), hvorefter varemærker, der består af en kombination af farver, skal indeholde en systematisk opstilling, der forbinder farverne på en forudbestemt og uforanderlig måde. Ifølge Første Appelkammer ved EUIPO muliggjorde de omtvistede varemærker således en opstilling af disse to farver i adskillige forskellige kombinationer, der gav et meget forskelligt helhedsindtryk.

Retsforhandlingerne for Retten og den appellerede dom

- 24 Ved stævninger indleveret til Rettens Justitskontor den 26. februar 2015 anlagde appellanten to sager om annullation af de omtvistede afgørelser.
- 25 Red Bull fremsatte til støtte for sine søgsmål to anbringender, hvoraf det første vedrørte tilsidesættelse af artikel 4 og artikel 7, stk. 1, litra a), i forordning nr. 207/2009, proportionalitetsprincippet og ligebehandlingsprincippet og det andet tilsidesættelse af princippet om beskyttelse af den berettigede forventning.
- 26 Ved den appellerede dom frifandt Retten EUIPO i det hele.

Parternes påstande for Domstolen

- 27 Red Bull, støttet af Marques, har nedlagt følgende påstande:
- Den appellerede dom ophæves.
 - De omtvistede afgørelser annulleres.
 - EUIPO tilpligtes at betale sagsomkostningerne.
- 28 EUIPO har nedlagt følgende påstande:
- Appellen forkastes.
 - Red Bull tilpligtes at betale sagsomkostningerne.
- 29 Optimum Mark har nedlagt følgende påstande:

- Appellen forkastes.
- Red Bull tilpligtes at betale sagsomkostningerne.

Om appellen

- 30 Til støtte for sin appel har appellanten fremsat fem anbringender, hvoraf det første vedrører tilsidesættelse af ligebehandlingsprincippet og proportionalitetsprincippet i forbindelse med artikel 4 og artikel 7, stk. 1, litra a), i forordning nr. 207/2009, det andet tilsidesættelse af artikel 4 og artikel 7, stk. 1, litra a), i forordning nr. 207/2009, det tredje tilsidesættelse af princippet om den berettigede forventning, det fjerde tilsidesættelse af proportionalitetsprincippet og endelig det femte tilsidesættelse af artikel 134, stk. 1, og artikel 135 i Rettens procesreglement.

Det andet anbringende

Parternes argumenter

- 31 Med sit andet anbringende, der skal behandles først, har appellanten kritiseret Retten for at have fejlfortolket dom af 24. juni 2004, Heidelberger Bauchemie (C-49/02, EU:C:2004:384), og at have tilsidesat artikel 4 og artikel 7, stk. 1, litra a), i forordning nr. 207/2009, idet den fastslog, at varemærker, der består af en kombination af farver, systematisk skal indeholde præciseringer angående den rumlige opstilling af farverne, og derefter fastslog, at i det foreliggende tilfælde var den grafiske gengivelse af de omtvistede varemærker ikke tilstrækkeligt præcis, da der ikke fandtes en sådan opstilling.
- 32 Med det andet anbringendes første led har appellanten gjort gældende, at dom af 24. juni 2004, Heidelberger Bauchemie (C-49/02, EU:C:2004:384), nærmere bestemt dommens præmis 34, i modsætning til det, som Retten fastslog i den appellerede doms præmis 55, 64, 96, 114 og 119, skal fortolkes under hensyntagen til den specifikke kontekst for den sag, der gav anledning til denne dom, som vedrørte et varemærke, der bestod af en kombination af farver, og hvis beskrivelse anførte, at disse farver kunne anvendes »på enhver tænkelig måde«. Idet Retten i det foreliggende tilfælde fandt, at den blotte sammenstilling af farver var utilstrækkelig til at kunne udgøre en klar og præcis grafisk gengivelse, tilsidesatte den reglen om, at et varemærke skal vurderes, således som det er blevet indgivet, som Domstolen fastslog i dom af 10. juli 2014, Apple (C-421/13, EU:C:2014:2070), og afviste således særegenheden for varemærker, der indeholder en kombination af farver, der består i ikke at have konturer.
- 33 Med det andet anbringendes andet led har appellanten kritiseret den appellerede doms præmis 78 og 89, for så vidt som Retten heri har anført, at varemærker, der består af en kombination af farver, skal indeholde en beskrivelse af den grafiske gengivelse, selv om dette altid har været overladt til parternes skøn. Under alle omstændigheder indeholdt de omtvistede varemærker alle en beskrivelse, som ikke var i strid med den grafiske gengivelse, og som derfor ikke kunne lægges til grund for, at de blev erklæret ugyldige.
- 34 Med det andet anbringendes tredje led har appellanten kritiseret Retten for i den appellerede doms præmis 65, 66, 69, 71, 72 og 90 at have taget hensyn til den faktiske brug af de omtvistede varemærker for at fastslå, at deres grafiske gengivelse

muliggjorde en lang række opstillinger, og dermed for at have sammenblandet analysen af den grafiske gengivelse og analysen af det omhandlede tegns særpræg, selv om varemærkeindehaveren i henhold til artikel 7, stk. 3, og artikel 15, stk. 1, i forordning nr. 207/2009 har ret til at bruge dette varemærke i forskellige varianter, og at varemærker, der består af en kombination af farver, derfor ikke kan reduceres til en enkelt figurativ opstilling, der svarer til den måde, hvorpå de rent faktisk bruges.

- 35 EUIPO og Optimum Mark har gjort gældende, at dette anbringende skal forkastes.

Domstolens bemærkninger

- 36 Hvad angår det andet anbringendes første led skal det bemærkes, at et tegn i medfør af Domstolens faste praksis vedrørende forordning nr. 40/94 og 207/2009 kun kan registreres som varemærke, hvis indgiveren gør det til genstand for en grafisk gengivelse i overensstemmelse med det krav, der fremgår af artikel 4 i disse forordninger, således at genstanden for og omfanget af den ansøgte beskyttelse er fastlagt klart og præcist (jf. i denne retning dom af 27.3.2019, Hartwall, C-578/17, EU:C:2019:261, præmis 38 og den deri nævnte retspraksis).
- 37 Når ansøgningen er vedlagt en verbal beskrivelse af tegnet, skal denne beskrivelse bidrage til at præcisere genstanden for og omfanget af den ønskede beskyttelse i henhold til varemærkeretten, og en sådan beskrivelse må ikke være i strid med varemærkets grafiske gengivelse eller kunne rejse tvivl om genstanden for og omfanget af denne grafiske gengivelse (jf. i denne retning dom af 27.3.2019, Hartwall, C-578/17, EU:C:2019:261, præmis 39 og 40).
- 38 I præmis 33 i dom af 24. juni 2004, Heidelberger Bauchemie (C-49/02, EU:C:2004:384), fastslog Domstolen desuden, at en grafisk gengivelse af to eller flere farver, der er angivet abstrakt og uden konturer, skal indeholde en systematisk opstilling, der forbinder de pågældende farver med hinanden på en uforanderlig og forudbestemt måde, og bemærkede i denne doms præmis 34, at den blotte sammenstilling af to eller flere farver, der hverken har nogen form eller kontur, eller angivelsen af to eller flere farver »på enhver tænkelig måde« ikke er af en sådan præcis og uforanderlig karakter, som kræves i henhold til artikel 4 i forordning nr. 40/94 (nu artikel 4 i forordning nr. 207/2009). Som Domstolen forklarede i denne doms præmis 35, ville sådanne præsentationer nemlig åbne mulighed for mange forskellige kombinationer, hvilket ville indebære, at forbrugerne ikke kan gøre sig bekendt med og huske en bestemt kombination, som de kan anvende til med sikkerhed at gentage en køberfaring, ligesom sådanne præsentationer heller ikke giver de kompetente myndigheder og de erhvervsdrivende mulighed for at fastslå rækkevidden af varemærkeindehaverens beskyttede rettigheder.
- 39 Det er i det foreliggende tilfælde ubestridt, at de af Red Bull indleverede ansøgninger om registrering begge omhandlede en kombination af farverne blå og sølv i sig selv.
- 40 De to tegn, hvorom der var søgt beskyttelse i henhold til varemærkeretten, var gengivet grafisk i form af to parallelle, lodrette striber opstillet ved siden af hinanden i samme størrelse, den ene i farven blå og den anden i farven sølv.

- 41 Disse grafiske gengivelser var desuden ledsaget af to beskrivelser, hvoraf den første anførte, at den forholdsvise opdeling af disse to farver var »ca. 50%-50%«, den anden, at disse to farver var sammenstillet, og at de ville blive anvendt ligeligt.
- 42 Idet Retten var enig i appelkammerets konklusioner, fastslog den i den appellerede doms præmis 89, at den blotte angivelse af forholdet mellem de to farver, blå og sølv, muliggjorde opstillingen af disse farver i adskillige forskellige kombinationer, og derfor ikke udgjorde en systematisk opstilling, der forbandt farverne på en forudbestemt og uforanderlig måde, og konkluderede, at den i den foreliggende sag fremlagte grafiske gengivelse, der var ledsaget af en beskrivelse, som alene anførte forholdet mellem de to farver, ikke kunne anses for at være tilstrækkelig præcis, og at det anfægtede varemærke var blevet registreret i strid med artikel 7, stk. 1, litra a), i forordning nr. 207/2009.
- 43 Hvad angår den første registreringsansøgning bemærkede Retten i den appellerede doms præmis 90, at udtrykket »ca.« i beskrivelsen kun underbygger den grafiske gengivelses upræcise karakter, som tillader forskellige opstillinger af de omhandlede farver.
- 44 Hvad angår den anden registreringsansøgning bemærkes, at selv om appellanten havde anført, at »farverne vil[le] blive anvendt i lige dele og sammenstillet«, fandt Retten i den appellerede doms præmis 62, at denne sammenstilling kan tage forskellige former, der giver anledning til forskellige billeder eller skemaer, som alle overholder de lige dele.
- 45 I denne forbindelse bemærkede Retten i den appellerede doms præmis 65, at den utilstrækkeligt præcise karakter af de to grafiske gengivelser, ledsaget af deres beskrivelse, bekræftes af den omstændighed, at appellanten sammen med sine registreringsansøgninger, der blev indgivet på grundlag af det særpræg, der var opnået ved brug af de omtvistede varemærker, har fremlagt beviser, der gengiver dem meget forskelligt fra den vertikale sammenstilling af de to farver, der fremgår af den grafiske gengivelse i de nævnte ansøgninger.
- 46 Selv hvis det antages, at de omhandlede grafiske gengivelser havde en mere præcis karakter end dem, der gav anledning til dom af 24. juni 2004, Heidelberg Bauchemie (C-49/02, EU:C:2004:384), kan appellanten ikke med føje gøre gældende, at Retten i forbindelse med sin bedømmelse af de faktiske omstændigheder, ifølge hvilken der ikke var tale om en systematisk opstilling, der forbinder de pågældende farver med hinanden på en forudbestemt og uforanderlig måde, anvendte principperne fra denne dom fejlagtigt.
- 47 Retten begik således ikke nogen retlig fejl, da den i den appellerede dom konkluderede, at registreringen af et varemærke, der tillader en flerhed af gengivelser, der ikke er forudbestemte eller uforanderlige, er uforenelig med artikel 4 i forordning nr. 207/2009 og dom af 24. juni 2004, Heidelberg Bauchemie (C-49/02, EU:C:2004:384).
- 48 Ydermere og i modsætning til det af appellanten fremførte kan et krav om, at et varemærke, som består af en kombination af farver, skal udgøre en systematisk opstilling, der forbinder farverne på en forudbestemt og uforanderlig måde, på ingen måde ændre denne type af varemærke til et figurmærke, for så vidt som dette krav ikke indebærer, at farverne skal afgrænses af konturer.

- 49 Endelig kan appellanten ikke påberåbe sig dom af 10. juli 2014, Apple (C-421/13, EU:C:2014:2070), for at gøre gældende, at Retten fejlagtigt fastslog, at den grafiske gengivelse af de omtvistede varemærker ikke var tilstrækkelig præcis.
- 50 Sagen, der gav anledning til nævnte dom, vedrørte et varemærke for en grafisk gengivelse, der bestod af en »helhed af linjer, omrids og former«, hvilket ikke er tilfældet for de omtvistede varemærker, hvorfor den i den nævnte dom anvendte løsning ikke kan overføres til den foreliggende sag.
- 51 Det følger af det ovenfor anførte, at det andet anbringendes første led må forkastes som ugrundet.
- 52 Hvad angår det andet anbringendes andet led skal det bemærkes, at argumentet om, at Retten i den appellerede doms præmis 78 og 89 med urette fastslog, at den grafiske gengivelse af et varemærke, der består af en kombination af farver, systematisk skal være ledsaget af en beskrivelse vedrørende opstillingen af hver af farverne, skal forkastes som irrelevant.
- 53 Det er nemlig ubestridt, at begge de omtvistede varemærker var ledsaget af en beskrivelse.
- 54 Selv hvis Domstolen tog dette argument til følge, ville dette ikke have nogen betydning for vurderingen af appellen i den foreliggende sag.
- 55 Hvad angår det andet anbringendes tredje led skal det bemærkes, at i henhold til artikel 4 i forordning nr. 207/2009 kan et [EU]-varemærke bestå af alle tegn, der kan gengives grafisk, for så vidt som disse tegn er egnede til at adskille en virksomheds varer eller tjenesteydelser fra andre virksomheders.
- 56 Et tegn skal derfor for at kunne registreres som EU-varemærke have fornødent særpræg, således at varer eller tjenesteydelser fra den omhandlede virksomhed kan adskilles fra varer eller tjenesteydelser fra andre virksomheder.
- 57 I den foreliggende sag blev de omtvistede varemærker registreret på baggrund af fornødent særpræg opnået ved brug.
- 58 Det var i denne situation lovligt, at EUIPO og derefter Retten undersøgte, om de omtvistede varemærker opfyldte kravene i artikel 4 i forordning nr. 207/2009, og i forbindelse med denne undersøgelse tog hensyn til de forskellige udtryk for denne brug, herunder navnlig den faktiske brug af disse varemærker.
- 59 Henset til det ovenstående skal det andet anbringendes tredje led forkastes som ugrundet, og følgelig skal det andet anbringende forkastes i sin helhed.

Det første anbringende

Parternes argumenter

- 60 Med sit første anbringende har appellanten kritiseret Retten for at have tilsidesat ligebehandlingsprincippet og proportionalitetsprincippet i forbindelse med artikel 4 og artikel 7, stk. 1, litra a), i forordning nr. 207/2009.
- 61 Appellanten har kritiseret den appellerede doms præmis 85, 96 og 114, for så vidt som Retten urigtigt tog hensyn til, at »varemærker, der udgøres af farve i sig selv, har en iboende mindre præcis karakter«, deres begrænsede evne til at formidle noget særligt præcist betydningsindhold og de konkurrencemæssige betragtninger med henblik på at kræve, at et varemærke, der består af en kombination af farver, indeholder en systematisk opstilling af disse farver.
- 62 Ifølge appellanten er sådanne betragtninger analysen af et varemærkes grafiske gengivelse uvedkommende, hvorfor Retten, idet den handlede således, gav de varemærker, der indeholdt en kombination af farver, en ulige og uforholdsmæssig behandling i forhold til andre typer af varemærker, og reducerede dem til simple figur-, mønster-, eller positionsmærker i farver.
- 63 EUIPO og Optimum Mark har gjort gældende, at dette anbringende skal forkastes.

Domstolens bemærkninger

- 64 Det skal bemærkes, at Retten i den appellerede doms præmis 85-87 i det væsentlige anførte, at varemærker, der består af en kombination af farver, skal indeholde en systematisk opstilling, der forbinder farverne på en forudbestemt og uforanderlig måde.
- 65 Idet Retten i denne henseende henviste til »kravet om [erhvervsmæssig] rådighed over farverne«, anlagde den en korrekt anvendelse af Domstolens faste praksis, ifølge hvilken der i forbindelse med den undersøgelse, der iværksættes i forbindelse med registrering af et tegn, der består af en kombination af farver, skal gives en særlig opmærksomhed til den omstændighed, at rådigheden over farver for andre erhvervsdrivende, der udbyder varer eller tjenesteydelser af den samme art som de varer eller tjenesteydelser, for hvilke varemærket søges registreret, ikke begrænses utilbørligt (dom af 6.5.2003, Libertel, C-104/01, EU:C:2003:244, præmis 54-56, og af 24.6.2004, Heidelberger Bauchemie, C-49/02, EU:C:2004:384, præmis 41).
- 66 Som det følger af ovenstående præmisser, forekommer kravet om, at en ansøgning om registrering af et varemærke, der består af en kombination af farver, indeholder en systematisk opstilling, der forbinder farverne på en forudbestemt og uforanderlig måde, nødvendig i forhold til betingelsen om klarhed og præcision, som et varemærke skal opfylde.
- 67 Under disse omstændigheder har Retten ved at henvise til dette krav hverken tilsidesat proportionalitetsprincippet eller ligebehandlingsprincippet.
- 68 Det første anbringende skal derfor forkastes som ugrundet.

Det tredje anbringende

Parternes argumenter

- 69 Med sit tredje anbringende har appellanten kritiseret Retten for at have tilsidesat princippet om beskyttelse af den berettigede forventning.
- 70 Med det tredje anbringendes første led har appellanten gjort gældende, at efter afsigelsen af dom af 19. juni 2012, *Chartered Institute of Patent Attorneys (C-307/10, EU:C:2012:361)*, som behandlede spørgsmålet om klarhed og præcision ved identifikationen af varer og tjenesteydelser i forbindelse med varemærkeregistring, sikrede dom af 16. februar 2017, *Brandconcern mod EUIPO og Scooters India (C-577/14 P, EU:C:2017:122)*, og derefter dom af 11. oktober 2017, *EUIPO mod Cactus (C-501/15 P, EU:C:2017:750)*, at virkningerne af den første dom, der var i strid med EUIPO's faste praksis, ikke fandt anvendelse med tilbagevirkende kraft og ikke påvirkede de varemærker, der var registreret før denne dom, således at princippet om den berettigede forventning blev iagttaget.
- 71 Appellanten har præciseret, at eftersom EUIPO før dom af 24. juni 2004, *Heidelberger Bauchemie (C-49/02, EU:C:2004:384)*, anså de omtvistede varemærker for at være gyldige, vil de krav, der følger af denne dom, alene finde anvendelse på de varemærker, der er blevet registreret efter denne dom.
- 72 Med det tredje anbringendes andet led har appellanten kritiseret den appellerede doms præmis 100 og 129-144, for så vidt som Retten undlod at foretage en helhedsvurdering af, om EUIPO's holdning ikke havde skabt en berettiget forventning hos appellanten angående gyldigheden af de omtvistede varemærker, hvis fornødne særpræg var blevet fastslået på baggrund af deres brug.
- 73 I denne henseende har appellanten gjort gældende, at Retten fandt, at der ikke kunne være en berettiget forventning på grundlag af garantier afgivet af EUIPO, som ikke er i overensstemmelse med lovgivningen, selv om det på det tidspunkt kun var dom af 24. juni 2004, *Heidelberger Bauchemie (C-49/02, EU:C:2004:384)*, der vedrørte kombinationer af farver »på enhver tænkelig måde«, og at de eneste retningslinjer, som var til rådighed for appellanten, var EUIPO's faste retningslinjer, ifølge hvilke de omtvistede varemærker var gyldige. Det er ifølge appellanten i øvrigt med urette, at Retten i den appellerede doms præmis 100 alene henviste til EUIPO's retningslinjer fra før 2016, når de tidligere retningslinjer indeholdt angivelser, der ville medføre, at de omtvistede varemærker blev anset for at være gyldige, og i den appellerede doms præmis 141 og 142 fastslog, at appellanten ikke kunne støtte ret på de domme fra Unionens retsinstanser, som alene var støttet på artikel 7, stk. 1, litra b), i forordning nr. 207/2009. Appellanten har endvidere kritiseret den appellerede doms præmis 126, 134, 135 og 138, for så vidt som Retten heri har anført, at EUIPO's praksis angående varemærker, som består af en kombination af farver, var ulovlig.
- 74 EUIPO har påstået dette anbringende forkastet. Hvad angår dette anbringendes første led har appellanten nemlig ikke i forbindelse med sagens behandling for Retten påberåbt sig dom af 16. februar 2017, *Brandconcern mod EUIPO og Scooters India (C-577/14 P, EU:C:2017:122)*. Angående dette anbringendes andet led vedrørende princippet om den berettigede forventning, udgør de af appellanten fremførte argumenter blot erklæringer.
- 75 Optimum Mark er af den opfattelse, at dette anbringende er ugrundet.

Domstolens bemærkninger

– *Spørgsmålet, hvorvidt anbringendet kan antages til realitetsbehandling*

- 76 Hvad angår det tredje anbringendes første led må det konstateres, at appellanten i den stævning, som appellanten indleverede til Retten, har fremført en argumentation i stævningens punkt 85, der i det væsentlige er støttet på den retspraksis, der følger af dom af 16. februar 2017, Brandconcern mod EUIPO og Scooters India (C-577/14 P, EU:C:2017:122). Under disse omstændigheder kan det ikke lægges til grund, at appellanten har påberåbt sig et nyt forhold, som ikke har været undergivet Rettens prøvelse.
- 77 Hvad angår dette anbringendes andet led har alle de af appellanten fremførte argumenter til formål at understøtte den omstændighed, at appellanten har ret til at påberåbe sig en tilsidesættelse af princippet om den berettigede forventning, hvilket ikke i sig selv er en grund til afvisning.
- 78 Følgelig kan dette anbringende antages til realitetsbehandling i sin helhed.

– *Realiteten*

- 79 Det bemærkes, at for så vidt angår dette anbringendes andet led, der skal behandles først, gælder princippet om beskyttelse af den berettigede forventning i henhold til Domstolens faste praksis for enhver retsundergivet med begrundede forventninger, som en EU-institution har givet anledning til. Ingen kan påberåbe sig en tilsidesættelse af dette princip, medmindre der foreligger præcise, ubetingede og samstemmende løfter fremsat af Unionens kompetente myndigheder over for den pågældende (dom af 22.9.2011, Bell & Ross mod KHIM, C-426/10 P, EU:C:2011:612, præmis 56 og den deri nævnte retspraksis, og af 14.6.2016, Marchiani mod Parlamentet, C-566/14 P, EU:C:2016:437, præmis 77).
- 80 I den foreliggende sag kan ingen af de af appellanten fremførte argumenter godtgøre, at EUIPO har tilsidesat princippet om den berettigede forventning, og følgelig at Retten har begået en retlig fejl.
- 81 Idet appellanten har begrænset sig til at fremføre en »kombination af faktorer«, hvis samlede vurdering ville give appellanten mulighed for at påberåbe sig et sådan princip, har appellanten i realiteten ikke påberåbt sig nogen klar erklæring fra EUIPO, der er af en sådan art, at appellanten har fået præcise, ubetingede og samstemmende løfter om, at de omtvistede varemærker ikke ville kunne annulleres.
- 82 Det skal i denne henseende for det første bemærkes, at appellanten ikke har påberåbt sig en bestemt formulering af en af EUIPO's retningslinjer, hvorefter EUIPO skulle have oplyst offentligheden om at være af den opfattelse, at det ikke var nødvendigt for et varemærke, der består af en kombination af farver, at indeholde en systematisk opstilling, der forbinder disse farver på en forudbestemt og uforanderlig måde. For det andet bemærkes, således som Retten har anført i den appellerede doms præmis 132, at den omstændighed, at undersøgeren ved EUIPO har anmodet om supplerende præcisering af de omtvistede varemærker, ikke kan anses for at udgøre et præcist og ubetinget løfte fra EUIPO til appellanten angående varemærkernes grafiske gengivelsers tilstrækkeligt præcise karakter. Derimod signalerede undersøgerens adfærd snarere, at det var EUIPO's opfattelse, at disse tegn ikke var tilstrækkeligt præcise til at kunne

opfylde kravene i artikel 7, stk. 1, litra a), i forordning nr. 207/2009. For det tredje bemærkes, at den omstændighed, at de omtvistede varemærker oprindeligt var blevet registreret af EUIPO, ikke kunne betyde, at EUIPO for eftertiden var bundet heraf, for så vidt som registreringen af varemærket, således som Retten i det væsentlige har bemærket i den appellerede doms præmis 133, ikke er til hinder for, at dette sidstnævnte erklæres ugyldigt, såfremt denne registrering er sket i strid med en af de absolutte registreringshindringer i denne forordnings artikel 7. En modsatrettet fortolkning ville have den følge, at bestemmelserne i artikel 52 i forordning nr. 207/2009 ville fratages ethvert indhold.

- 83 Det er derfor uden at begå nogen retlig fejl, at Retten kunne konkludere, at EUIPO ikke havde givet appellanten præcise, ubetingede og samstemmende løfter om, at de af appellanten indleverede beskrivelser opfyldte kravene i artikel 4 i forordning nr. 207/2009.
- 84 Det er således kun for fuldstændighedens skyld, at Retten i den appellerede doms præmis 134 har fastslået, at selv hvis det antages, at de oplysninger, som undersøgeren ved EUIPO gav, kan betegnes som præcise og ubetingede løfter, vil sådanne løfter, som ikke var i overensstemmelse med gældende bestemmelser, ikke kunne begrunde en berettiget forventning. Heraf følger, at appellants klagepunkt vedrørende dette argument, der kun blev anført for fuldstændighedens skyld, er irrelevant.
- 85 Det skal tilføjes i modsætning til det af appellanten anførte, at Retten ikke begik en retlig fejl, da den i den appellerede doms præmis 142 fastslog, at den omstændighed, at Unionens retsinstanser har udtalt sig om et varemærkes fornødne særpræg som omhandlet i artikel 7, stk. 1, litra b), i forordning nr. 207/2009, ikke nødvendigvis forudsætter, at dette er i overensstemmelse med denne forordnings artikel 4. EUIPO's eller Unionens retsinstansers undersøgelse af det fornødne særpræg indebærer således ikke, at kravet vedrørende betingelserne om et varemærkes klarhed og præcision allerede er opfyldt.
- 86 Eftersom disse elementer i sig selv er tilstrækkelige til at slå fast, at appellanten ikke kan påberåbe sig princippet om den berettigede forventning, skal argumentet angående Rettens henvisning til EUIPO's retningslinjer fra før 2016 forkastes som irrelevant.
- 87 Under disse omstændigheder skal det tredje anbringendes andet led forkastes som ugrundet.
- 88 Med hensyn til dette anbringendes første led er det tilstrækkeligt at bemærke, at dom af 16. februar 2017, *Brandconcern mod EUIPO og Scooters India* (C-577/14 P, EU:C:2017:122), og dom af 11. oktober 2017, *EUIPO mod Cactus* (C-501/15 P, EU:C:2017:750), ikke kan overføres til den foreliggende sag, således som EUIPO har fremhævet, eftersom, for det første, de sager, der gav anledning til disse domme, ikke vedrørte en absolut ugyldighedsgrund, for det andet, disse domme blev afsagt, selv om dom af 19. juni 2012, *Chartered Institute of Patent Attorneys* (C-307/10, EU:C:2012:361), havde underkendt en praksis i EUIPO, der tidligere var blevet beskrevet i en af EUIPO's meddelelser.

- 89 Nærværende sag vedrører imidlertid som nævnt i nærværende doms præmis 81 et tilfælde af absolut ugyldighed, der er indtrådt, uden at parterne har efterlevet præcise og samstemmende angivelser, der er formuleret af EUIPO i en meddelelse.
- 90 Dette anbringendes første led skal derfor forkastes som ugrundet, og følgelig skal det tredje anbringende i det hele forkastes som ugrundet.

Det fjerde anbringende

Parternes argumenter

- 91 Med sit fjerde anbringende har appellanten anfægtet den appellerede dom for at have tilsidesat proportionalitetsprincippet, idet Retten ikke undersøgte de omtvistede afgørelses uforholdsmæssige karakter, og idet den ikke gav appellanten mulighed for at gøre beskrivelsen af de omtvistede varemærker tydeligere for at undgå, at de blev erklæret ugyldige.
- 92 Appellanten har anført, at artikel 43 og 48 i forordning nr. 207/2009 i princippet ikke gør det muligt at ændre et varemærke og varemærkets genstand, når det er blevet registreret. Det forholder sig for så vidt angår de omtvistede varemærker således, at deres beskrivelser er blevet tilføjet, efter de er blevet indgivet. I henhold til præmis 37 og 38 i dom af 6. maj 2003, Libertel (C-104/01, EU:C:2003:244), vil denne mangel kunne afhjælpes ved at tilføje de krævede beskrivelser, hvilket i praksis blev gjort muligt ved meddelelse nr. 6/03 af 10. november 2003 fra EUIPO's præsident.
- 93 EUIPO og Optimum Mark har gjort gældende, at dette anbringende skal forkastes.

Domstolens bemærkninger

- 94 Det bemærkes, at ifølge fast retspraksis skal et anbringende, der fremsættes for første gang i forbindelse med en appelsag ved Domstolen, afvises. En parts adgang til først for Domstolen at fremføre et anbringende, der ikke er blevet fremført for Retten, er således ensbetydende med en adgang til at forelægge Domstolen – der har en begrænset kompetence i appelsager – en mere omfattende tvist end den, der blev forelagt Retten. Under en appel har Domstolen i princippet kun kompetence til at tage stilling til Rettens bedømmelse af de anbringender, der er blevet behandlet for den (kendelse af 13.11.2018, Toontrack Music mod EUIPO, C-48/18 P, ikke trykt i Sml., EU:C:2018:895, præmis 42 og den deri nævnte retspraksis).
- 95 I den foreliggende sag, og idet appellanten har støttet sit anbringende på Rettens angivelige tilsidesættelse af proportionalitetsprincippet, skal det bemærkes, at appellanten i sin stævning for Retten anmodede om muligheden for at revidere de omtvistede varemærker, ikke på grundlag af proportionalitetsprincippet, men på grundlag af princippet om den berettigede forventning.
- 96 Idet appellens fjerde anbringende således udgør et nyt anbringende, skal det afvises fra realitetsbehandling.

Det femte anbringende

Parternes argumenter

- 97 Med sit femte anbringende har appellanten kritiseret Retten for at have tilsidesat artikel 134 og 135 i Rettens procesreglement, idet den pålagde appellanten at betale samtlige sagsomkostninger.
- 98 Til støtte for sit anbringende har appellanten gjort gældende, at Retten, henset til sagens særlige karakter og af rimelighedshensyn, burde have pålagt EUIPO at betale sagsomkostningerne.
- 99 EUIPO og Optimum Mark har påstået dette anbringende forkastet.

Domstolens bemærkninger

- 100 I henhold til artikel 58, stk. 2, i statuten for Den Europæiske Unions Domstol kan »[a]ppel [...] ikke iværksættes alene til forandring af afgørelser om sagsomkostningerne eller disses størrelse«. Når alle de øvrige anbringender under en appelsag forkastes, må en påstand om, at Rettens afgørelse vedrørende sagsomkostningerne er retsstridig, afvises i medfør af nævnte bestemmelse (jf. i denne retning kendelse af 15.10.2012, Internationaler Hilfsfonds mod Kommissionen, C-554/11 P, ikke trykt i Sml., EU:C:2012:629, præmis 38 og 39).
- 101 Idet de første fire appelanbringender i den foreliggende sag er blevet forkastet, skal det femte anbringende i henhold til den i denne doms foregående præmis nævnte retspraksis afvises.
- 102 Det følger af det ovenstående, at appellen skal delvist afvises og delvist forkastes.

Sagsomkostninger

- 103 Ifølge procesreglementets artikel 138, stk. 1, som i medfør af samme reglements artikel 184, stk. 1, finder anvendelse i appelsager, pålægges det den tabende part at betale sagsomkostningerne, hvis der er nedlagt påstand herom. Da EUIPO og Optimum Mark har nedlagt påstand om, at appellanten tilpligtes at betale sagsomkostningerne, og da appellanten har tabt sagen, bør det pålægges sidstnævnte at betale sagsomkostningerne.

På grundlag af disse præmisser kender Domstolen (Tiende Afdeling) for ret:

- 1) **Appellen forkastes.**
- 2) **Red Bull GmbH betaler sagsomkostningerne.**

Underskrifter