



# Samling af Afgørelser

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT  
M. BOBEK  
fremsat den 2. juli 2019<sup>1</sup>

**Sag C-240/18 P**

**Constantin Film Produktion GmbH  
mod**

**Den Europæiske Unions Kontor for Intellectuel Ejendomsret (EUIPO)**

»Appel – EU-varemærker – afslag på registrering af ordtegnet »Fack Ju Göhte« –  
absolut registreringshindring – sædelighed«

## I. Indledning

1. Det kan næppe hævdes, at Johann Wolfgang von Goethes værker mødte universel anerkendelse, da de blev udgivet. De fandt ganske vist øjeblikkeligt begejstrede beundrere. Men de blev også mødt med heftig kritik og forkastelse. Navnlige blev *Die Leiden des jungen Werthers* (*Den unge Werthers lidelser*) forbudt i en række tyske områder og andre steder. Som det f.eks. blev formuleret i brevet fra det danske kancelli til den danske konge, i hvilket der blev anmodet om, at bogen blev forbudt i Danmark, blev bogen anset for at være et værk, der »bespottede religionen, besmykkede lasterne og fordærvede de gode sæder«<sup>2</sup>.

2. Det er ikke uden en vis historisk ironi, at der mere end 200 år senere stadig er en trussel mod de offentlige sæder forbundet med (en version af efternavnet) Goethe. Scenen, konteksten og rollerne har imidlertid ændret sig betydeligt.

3. Constantin Film Produktion GmbH (herefter »appellanten«) ønskede at få registreret ordtegnet »Fack Ju Göhte«, der er navnet på en succesfuld tysk komedie produceret af appellanten, som et EU-varemærke ved Den Europæiske Unions Kontor for Intellectuel Ejendomsret (EUIPO). Ansøgningen blev afslået. Afslaget var baseret på artikel 7, stk. 1, litra f), i Rådets forordning (EF) nr. 207/2009 af 26. februar 2009 om [EU]-varemærker (herefter »forordning nr. 207/2009«)<sup>3</sup>. Det ansøgte ordtegn blev af EUIPO anset for at stride mod »sædelighed«.

1 – Originalsprog: engelsk.

2 – »Die Religion verspottet, die Laster beschönigt und gute Sitten verderben kann«, Brief der dänischen Kanzlei vom 19. September 1776 an den König von Dänemark, gengivet i P. Müller (red.), *Der junge Goethe im zeitgenössischen Urteil*. Akademie-Verlag GmbH, Berlin, 1969, s. 130. Jf. også K.R. Mandelkow (red.), *Goethe im Urteil seiner Kritiker: Dokumente zur Wirkungsgeschichte Goethes in Deutschland. Teil I 1773-1832*, Verlag C.H. Beck, München, 1975, XXV-XXXII og s. 41-47.

3 – EUT 2009, L 78, s. 1. Efterfølgende erstattet af Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EU) 2017/1001 af 14.6.2017 om EU-varemærker (herefter »forordning 2017/1001«) (EUT 2017, L 154, s. 1).

4. I nærværende appel opfordres Domstolen – så vidt jeg ved for første gang – til at præcisere, hvilken retlig prøvelse der skal foretages, når det overvejes, hvorvidt en ansøgning om registrering af et varemærke skal afslås eller ej på baggrund af artikel 7, stk. 1, litra f), i forordning nr. 207/2009: Hvornår kan en ansøgning om registrering af et varemærke anses for at »stride mod den offentlige orden eller sædelighed«? Derudover anmodes Domstolen om inden for rammerne af den foreliggende sag at fastlægge rækkevidden af den begrundelsespligt, der påhviler EUIPO, når det ønsker at træffe en afgørelse, der synes at fravige kontorets tidligere afgørelsespraksis i lignende sager.

## II. Retsforskrifter

5. Artikel 7 i forordning nr. 207/2009 har følgende ordlyd:

»Absolutte hindringer for registrering

1. Udelukket fra registrering er:

[...]

f) varemærker, som strider mod den offentlige orden eller sædelighed

[...]

2. Stk. 1 finder anvendelse, selv om registreringshindringerne kun er til stede i en del af Fællesskabet.

[...]«

## III. De faktiske omstændigheder og retsforhandlingerne

### A. Baggrund for tvisten

6. De faktiske omstændigheder, således som de fremgår af den appellerede dom<sup>4</sup>, kan resumeres som følger.

7. Den 21. april 2015 søgte appellanten om at få registreret ordtegnet »Fack Ju Göhte« som et EU-varemærke ved EUIPO. Ansøgningen vedrørte klasse 3, 9, 14, 16, 18, 21, 25, 28, 30, 32, 33, 38 og 41 i Niceaftalen om international klassificering af varer og tjenesteydelser til brug ved registrering af varemærker af 15. juni 1957, som revideret og ændret.

8. Den 25. september 2015 blev appellans ansøgning afslået på baggrund af artikel 7, stk. 1, litra f), i forordning nr. 207/2009, sammenholdt med samme forordnings artikel 7, stk. 2.

9. Den 1. december 2016 blev appellans klage over denne afgørelse forkastet af Femte Appellkammer ved EUIPO (sag R 2205/2015-5, Fack Ju Göhte) (herefter »den omtvistede afgørelse«). Femte Appellkammer var af den opfattelse, at den relevante kundekreds bestod af tysksprogede forbrugere i Den Europæiske Union (i Tyskland og Østrig). Det bemærkede endvidere, at de pågældende varer og tjenesteydelser var henvendt til den almindelige forbruger, men at nogle af dem var målrettet børn og unge. For så vidt angår den relevante kundekreds' opfattelse af det ansøgte tegn mente appellkammeret, at ordelementet »Fack ju« skulle udtales på samme måde som det engelske udtryk »Fuck you«, og at dets betydning derfor var den samme. Appellkammeret fastslog ligeledes, at

<sup>4</sup> – Dom af 24.1.2018, Constantin Film Produktion mod EUIPO (Fack Ju Göhte) (T-69/17, ikke trykt i Sml, EU:T:2018:27).

selv om den relevante kundekreds ikke tillagde udtrykket »Fuck you« seksuelle konnotationer, var det ikke desto mindre en smagløs, chokerende og vulgær fornærmelse. Appellkammeret henviste i denne forbindelse til adskillige eksempler på tidligere truffede afgørelser vedrørende ordtegn indeholdende udtrykket »Fuck« eller »Ficken« og til afgørelser truffet af Retten, af tyske domstole samt af det tyske patent- og varemærkekontor.

10. For så vidt angik tilføjelsen af elementet »Göhte« gjorde det forhold, at en forfatter så respekteret som Johann Wolfgang von Goethe blev fornærmet posthumt på en så nedværdigende og vulgær måde, og endda med en forkert skrivemåde, efter appellkammerets opfattelse intet for at moderere fornærmelsens karakter. Det kunne nærmere udgøre et yderligere niveau i krænkelsen af sædelighed.

11. Appellkammeret fastslog desuden, at selv om titlen på en succesfuld film var identisk med det ansøgte mærke, var det ikke muligt deraf at udlede, at den relevante kundekreds ikke ville blive chokeret over det omhandlede varemærke. Den kendsgerning, at ordene »Fack ju« er blevet brugt i filmens titel, siger ikke noget om den sociale accept af de pågældende ord. Appellkammeret fandt, at selv om en ansøgning om registrering af et varemærke skal bedømmes med udgangspunkt i forbrugernes opfattelse på ansøgningstidspunktet, er det ikke muligt at overkomme den forhindring, der følger af den omhandlede registreringshindring, med et bevis for varemærkets fornødne særpræg som følge af den brug, der er gjort deraf, jf. artikel 7, stk. 3, i forordning nr. 207/2009. En films succes kan således ikke lægges til grund for registrering af et varemærke, der har en iboende chokerende virkning.

## ***B. Den appellerede dom og retsforhandlingerne ved Domstolen***

12. Ved stævning indleveret til Rettens Justitskontor den 3. februar 2017 anlagde appellanten et søgsmål med påstand om annullation af den omtvistede afgørelse. Retten gav ved den appellerede dom sagsøgte medhold.

13. Til støtte for søgsmålet gjorde appellanten to anbringender gældende vedrørende tilsidesættelse af artikel 7, stk. 1, litra f), og artikel 7, stk. 1, litra b), i forordning nr. 207/2009.

14. For så vidt angår anbringendet vedrørende artikel 7, stk. 1, litra f), i forordning nr. 207/2009 gjorde appellanten gældende, at appellkammerets anvendelse af denne bestemmelse var fejlagtig, da det omhandlede tegn hverken var vulgært, chokerende eller stødende.

15. For det første godtog Retten appellkammerets bemærkninger om, at den relevante kundekreds er almindelige forbrugere (i Tyskland eller Østrig), og at den opfattelse, der skal tages hensyn til, er opfattelsen hos en gennemsnitsforbruger, som er almindeligt oplyst og rimeligt opmærksom<sup>5</sup>.

16. For det andet bemærkede Retten med hensyn til opfattelsen af det omhandlede tegn, at gennemsnitsforbrugeren vil bemærke ligheden mellem det omhandlede tegn og det hyppigt anvendte engelske udtryk »Fuck you«, som elementet »göhte« er tilføjet, idet sidstnævnte element minder om navnet på forfatteren Johann Wolfgang von Goethe. Udtrykket »fuck« kan generelt anvendes som et substantiv, adjektiv, adverbium og som en interjektion. Dets betydning ændrer sig med tiden og afhænger af den sammenhæng, det bruges i. Dets første betydning har en seksuel konnotation præget af vulgaritet, men det kan også bruges til at udtrykke vrede, modstand eller foragt. Ikke desto mindre har udtrykket stadig en iboende vulgaritet, og den kendsgerning, at elementet »göhte« er tilføjet, modererer ikke denne vulgaritet<sup>6</sup>.

5 – Den appellerede doms præmis 14-16.

6 – Den appellerede doms præmis 18.

17. Derudover betyder den omstændighed, at filmen »Fack Ju Göhte« er blevet set af millioner af mennesker, ifølge Retten ikke, at den relevante kundekreds ikke vil blive chokeret over det omhandlede tegn<sup>7</sup>.

18. På denne baggrund var Retten enig i appelkammerets argumentation. Den forkastede endvidere yderligere argumenter fremsat af appellanten.

19. For det første gjorde appellanten også gældende, at der burde have været foretaget en separat vurdering med hensyn til på den ene side den offentlige orden og på den anden side sædelighed. Ifølge Retten følger en sådan skelnen imidlertid ikke af artikel 7, stk. 1, litra f), i forordning nr. 207/2009, og under alle omstændigheder afviste appelkammeret faktisk det omhandlede tegn som et tegn, der strider mod sædelighed<sup>8</sup>.

20. For det andet anførte appellanten, at den særlige skrivemåde »fack« og »ju« udgør en tilstrækkelig stor forskel sammenlignet med udtrykket »Fuck you«. Efter appellantens opfattelse udgør det omhandlede tegn i sin helhed et særpræget, sammensat ordtegn i sig selv, som er originalt og mindeværdigt og har et satirisk, ironisk og muntert indhold, som den relevante kundekreds nemt kan fange<sup>9</sup>. Retten bemærkede i denne forbindelse, at den relevante kundekreds vil forstå det omhandlede tegn som den tyske fonetiske transskription af udtrykket »Fuck you« og vil blive konfronteret med dette udtrykks vulgaritet. Den særlige skrivemåde giver ikke det omhandlede tegn en satirisk betydning<sup>10</sup>.

21. For det tredje fremhæver tegnet kombineret med filmen *Fack ju Göhte* i henhold til appellanten som en spøg de studerendes lejlighedsvis frustrationer over skolen og bruger i dette øjemed et udvalg af ord, som er taget fra teenageslang<sup>11</sup>. Retten fastslog imidlertid, at det er varemærket i sig selv, nemlig tegnet i forhold til varerne eller tjenesteydelserne, således som de ser ud efter varemærkets registrering, der skal vurderes for at afgøre, om det strider mod den offentlige orden eller sædelighed. Den tilføjede, at der inden for området kunst, kultur og litteratur er et permanent ønske om at bevare ytringsfriheden, som ikke findes inden for varemærkeområdet<sup>12</sup>. Derudover var der ikke blevet godtgjort, at den relevante kundekreds ville genkende spøgen i tegnet.

22. For det fjerde hævdede appellanten, at det omhandlede tegn med urette var blevet tillagt en seksuel konnotation. Retten fandt, at dette argument var uden virkning, i det omfang appelkammeret havde konkluderet, at selv uden den seksuelle bibetydning ville den relevante kundekreds finde tegnet smagløst, chokerende og vulgært<sup>13</sup>.

23. For så vidt angår appellantens argument om, at tegnet er henvendt til unge (nærmere bestemt til studerende), og at det henleder opmærksomheden på underholdning, fastslog Retten for det femte, at den opfattelse, der skal undersøges, ikke er opfattelsen hos den del af den relevante kundekreds, der ikke bliver chokeret over noget, eller opfattelsen hos den del af denne kundekreds, der meget let bliver stødt, men opfattelsen hos en fornuftstyret person med en gennemsnitlig følsomheds- og tolerancetærskel<sup>14</sup>.

7 – Den appellerede doms præmis 19.

8 – Den appellerede doms præmis 22-24.

9 – Den appellerede doms præmis 25.

10 – Den appellerede doms præmis 26.

11 – Den appellerede doms præmis 27.

12 – Den appellerede doms præmis 28 og 29.

13 – Den appellerede doms præmis 31 og 32.

14 – Den appellerede doms præmis 33 og 34.

24. For det sjette anførte appellanten, at Fjerde Appellkammer ved EUIPO i afgørelsen i Die Wanderhure-sagen<sup>15</sup> anerkendte, at succesen og anerkendelsen af en film af samme navn kunne udelukke klassificeringen af et tegn som værende i strid med sædelighed. Retten svarede imidlertid, at de to situationer ikke var ens, da det ansøgte tegn i Die Wanderhure-sagen var en beskrivelse af indholdet af filmen af samme navn, hvilket ikke er tilfældet med det ansøgte tegn i den foreliggende sag. Retten tilføjede endvidere, at det i Die Wanderhure-sagen omhandlede tegn var mindre chokerende<sup>16</sup>.

25. For det syvende forkastede Retten appellansens argument om, at der ikke var noget, der tilkendegav, at tegnet for det første ikke kunne forstås som en iboende angivelse af de omhandlede varer og tjenesteydelsers oprindelse, og at det for det andet kunne opfattes som værende i strid med sædelighed i andre medlemsstater end Tyskland og Østrig<sup>17</sup>.

26. Efter at have forkastet alle de argumenter, som appellanten gjorde gældende til støtte for det første anbringende i stævningen, forkastede Retten det andet anbringende vedrørende tilsidesættelse af artikel 7, stk. 1, litra b), i forordning nr. 207/2009.

27. Til støtte for nærværende appel har appellanten gjort tre anbringender gældende. Ved det første anbringende har appellanten gjort gældende, at artikel 7, stk. 1, litra f), i forordning nr. 207/2009 er blevet fortolket og anvendt fejlagtigt. Det andet og det tredje anbringende vedrører tilsidesættelse af ligebehandlingsprincippet, retssikkerhedsprincippet og princippet om god forvaltningsskik.

28. EUIPO har indgivet et svar, som bestrider alle tre anbringender.

29. Appellanten og EUIPO har afgivet mundtlige indlæg i retsmødet den 13. februar 2019.

#### **IV. Bedømmelse**

30. Dette forslag til afgørelse er struktureret som følger. Jeg vil begynde med det spørgsmål, der er centralt i forhold til det første anbringende: Hvilken prøvelse skal foretages ved vurderingen af den absolutte registreringshindring, jf. artikel 7, stk. 1, litra f), i forordning nr. 207/2009 (A)? Først gennemgår jeg spørgsmålet om beskyttelse af grundlæggende rettigheder, navnlig ytringsfriheden og dens rolle inden for varemærkelovgivningen (A.1). Dernæst vender jeg mig mod den skelnen, der skal foretages mellem begreberne offentlig orden og sædelighed, jf. artikel 7, stk. 1, litra f), i forordning nr. 207/2009, og navnlig de konsekvenser med hensyn til beviser og argumentationsstandarder, som valget af at basere sit afslag på at registrere et varemærke på et af de to begreber indebærer (A.2).

31. Ved anvendelse af denne analytiske ramme på den foreliggende sag må jeg nødvendigvis konkludere, at det første anbringende bør tages til følge, og dermed at den appellerede dom bør ophæves (A.3). Såfremt Domstolen er af samme opfattelse, kan sagen afsluttes hér. For fuldstændighedens skyld og for at bistå Domstolen til fulde vil jeg dog også se på det andet og det tredje anbringende, som jeg vil behandle samlet, da de i det væsentlige rejser det samme spørgsmål: rækkevidden af den begrundelsespligt, der påhviler EUIPO i sager, hvor det anvender den samme lovgivning på faktisk lignende omstændigheder, men hvor det tilsyneladende fraviger den tilgang, det tidligere har fulgt i lignende sager (B).

15 – Fjerde Appellkammeres afgørelse af 28.5.2015, R 2889/2014-4, DIE WANDERHURE.

16 – Den appellerede doms præmis 35-40.

17 – Den appellerede doms præmis 42 og 43.

**A. Det første anbringende: fejlagtig fortolkning og anvendelse af artikel 7, stk. 1, litra f), i forordning nr. 207/2009**

32. Det første anbringende er opdelt i fire underanbringender. Deres fremstilling er ikke det bedste eksempel på klarhed, men de kan forstås som følger.

33. For det første tilsidesatte Retten ifølge appellanten princippet om individuel efterprøvelse, da den ikke efterprøvede det ansøgte tegn »Fack Ju Göhte«, men et andet tegn, nemlig »Fuck you, Goethe«.

34. Derudover hævder appellanten, at selv udtrykkene »Fuck« og »Fuck you« har mistet deres vulgære betydning i kraft af sprogets udvikling i samfundet. Der er ikke nogen generel hindring for at registrere udtalelser baseret på disse udtryk, som det fremgår af registreringerne af varemærker som »Fucking Hell« og »MACAFUCKER«<sup>18</sup>.

35. For det andet har appellanten anført, at Retten anvendte den absolutte registreringshindring i artikel 7, stk. 1, litra f), i forordning nr. 207/2009 for bredt, da den fastslog, at ordtegnet »Fack Ju Göhte« har en iboende vulgaritet, og at elementet »Göhte« ikke kan moderere denne vulgaritet. Denne registreringshindring, som vedrører sædelighed, bør anvendes strengt. Hindringen henviser til subjektive værdier, der skal anvendes så objektivt som muligt. Retten identificerede dette spørgsmål, men tog det ikke i betragtning i en tilstrækkeligt mærkbar grad. Det ansøgte tegn burde være taget i betragtning i sin helhed med den visuelle virkning, som den tyske fonetiske transskription af udtrykket »Fuck you« fremkalder. Det resulterende tegn er harmløst, sjovt og barnligt. Sammen med elementet »göhte« henviser tegnet blot til populære gymnasietimer.

36. For det tredje er appellanten af den opfattelse, at Retten med urette hævdede, at det ikke er blevet fastslået, at den tysktalende kundekreds ikke bliver chokeret over det ansøgte tegn i forbindelse med de omhandlede varer og tjenesteydelser. I denne sammenhæng har appellanten anført, at bevisbyrden er blevet fejlagtigt anvendt af Retten. Appellanten anfører endvidere, at kundekredsens opfattelse af tegnet er af central betydning, og at bedømmelsen af denne opfattelse ikke kan adskilles fra ethvert empirisk grundlag. Appellanten fremhæver igen betydningen af den sproglige udvikling og succesen for filmen med samme navn samt det forhold, at Goethe-Institut benytter filmen til pædagogiske formål.

37. For det fjerde har appellanten gjort gældende, at Retten har begået en retlig fejl ved afvejningen af appellantens interesse i at få det omhandlede tegn registreret mod kundekredsens interesse i ikke at blive konfronteret med rystende, vulgære, fornærmende eller truende varemærker.

38. EUIPO har anfægtet alle disse argumenter. Det mener for det første, at Retten faktisk har efterprøvet det rigtige tegn, og for det andet at det underanbringende, der vedrører det omhandlede tegns forkerte betydning, er en faktisk omstændighed, som ikke kan efterprøves inden for rammerne af en appel. For det tredje tog Retten på behørig vis højde for sprogets udvikling. For det fjerde har EUIPO ligeledes anfægtet argumentet om, at vurderingen af opfattelsen af det omhandlede tegn var rent subjektiv. Muligheden for, at det omhandlede tegn ikke er vulgært (og at det kan forstås som en spøg), blev udtrykkeligt efterprøvet.

39. For det femte er underanbringendet om, at begrebet sædelighed med urette blev fortolket som gående ud over åbenbart obscøne eller alvorligt chokerende varemærker, irrelevant, da det blev fastslået, at det omhandlede tegn opfattes som havende en iboende vulgaritet og chokerende virkning og dermed udgør et »åbenbart obscønt varemærke«.

18 – EU-varemærke nr. 6025159 »Fucking Hell« og EU-varemærke nr. 10279644 »MACAFUCKER«.

40. For det sjette savner underanbringendet vedrørende den fejlagtige anvendelse af bevisbyrden, ifølge EUIPO, grundlag. Når ansøgeren får forelagt almindeligt kendte faktiske omstændigheder eller en vurdering, som påpeger et tegns uegnethed til registrering, er det op til ansøgeren at modbevise disse. I den appellerede dom fremførte Retten den almindeligt kendte faktiske omstændighed, at forbrugere ikke opfatter titlen på en film og et varemærke på samme måde som følge af deres forskellige karakter og funktion. I denne forbindelse bemærkede Retten, at det ikke var blevet fastslået, at den relevante kundekreds ville genkende den spøg, der angiveligt var indeholdt i det omhandlede tegn, og den mente ligeledes, at den opfattelse, der skulle tages i betragtning, var opfattelsen hos forbrugere, som ikke har set filmen og ikke er bekendt med unge menneskers jargon.

41. Endelig savner underanbringendet vedrørende den fejlagtige afvejning af interesser grundlag, fordi dette allerede var blevet gjort af lovgiver og omsat til teksten i artikel 7, stk. 1, litra f), i forordning nr. 207/2009. Desuden efterprøvede Retten ikke det omhandlede varemærke teoretisk, men specifikt og tilbundsående, med hensyn til den relevante kundekreds og de ansøgte varer og tjenesteydelser.

42. De af appellanten anførte argumenter er af forskellig karakter. Nogle af argumenterne kunne bestemt afvises som omhandlende faktiske omstændigheder, der principielt er udelukket fra den prøvelse, Domstolen kan foretage i en appel. Når det er sagt, kan der ikke ses bort fra, at appellanten inden for de faktiske rammer af den foreliggende sag gør indsigelse mod den retlige prøvelse, der skal foretages i henhold til artikel 7, stk. 1, litra f), i forordning nr. 207/2009. Den (u)korrekte fastlæggelse af de rammer, inden for hvilke visse omstændigheder skal vurderes, ville få direkte og afgørende indvirkning på vurderingen af disse omstændigheder. Spørgsmålet om, inden for hvilket retsgrundlag visse omstændigheder skal vurderes, er i sagens natur ikke et faktisk spørgsmål.

43. Efter min mening er det væsentligste spørgsmål, som rejses i det første anbringende i nærværende appel, hvilke elementer der skal tages i betragtning, når det undersøges, om en ansøgning om registrering af et varemærke skal afslås i henhold til artikel 7, stk. 1, litra f), i forordning nr. 207/2009. I hvilket omfang har den sociale kontekst og virkning i øvrigt betydning for en sådan vurdering? Bør vurderingen baseres på »tegnet som sådant« (med henvisning til dets iboende egenskaber), eller bør der også tages hensyn til elementer af dets sociale kontekst og en dokumenteret reaktion inden for den relevante kundekreds? Et supplerende spørgsmål, som er rejst i det første anbringende, vedrører specifikt den rolle, som ytringsfriheden spiller inden for varemærkeområdet.

44. Jeg skal indlede min analyse med det sidste punkt, som måske er det mest ukomplicerede (1), inden jeg går videre med den skelnen, der skal foretages mellem begreberne offentlig orden og sædelighed, jf. artikel 7, stk. 1, litra f), i forordning nr. 207/2009 (2), og derefter anvender disse målestokke på den foreliggende sag (3).

### *1. Varemærkebeskyttelse og ytringsfrihed*

45. Ved det fjerde underanbringende i det første anbringende har appellanten gjort gældende, at den afvejning af interesser, som Retten foretog, var fejlagtig. Som yderligere anført i retsmødet er kritikken principielt rettet mod den appellerede doms præmis 29, i hvilken Retten bemærkede, at ytringsfriheden ikke finder anvendelse inden for varemærkeområdet. I retsmødet gav appellanten udtryk for sin uenighed i denne udtalelse, for efter appellantens opfattelse finder de garantier, der er knyttet til ytringsfriheden, rent faktisk anvendelse inden for varemærkeområdet.

46. I sit skriftlige svar anførte EUIPO, at der ikke er sket en fejl ved bedømmelsen af afvejningen af interesser, og at lovgiver allerede har givet udtryk herfor i artikel 7, stk. 1, litra f), i forordning nr. 207/2009. Da der udtrykkeligt blev sæt tvivl herom i retsmødet, var EUIPO imidlertid enig i, at Rettens udtalelse i den appellerede doms præmis 29 er fejlagtig.

47. Ytringsfriheden spiller nemlig en rolle inden for varemærkelovgivningen.

48. For det første udgør respekt for de grundlæggende rettigheder en betingelse for enhver EU-foranstaltningens lovlighed. Anvendelsesområdet for Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder (herefter »chartret«) og de grundlæggende rettigheder, som sikres derved, gælder enhver aktivitet eller undladelse fra Unionens institutioners og organers side<sup>19</sup>. Det samme gælder naturligvis inden for varemærkeområdet for Unionens organers, herunder EUIPO's, aktiviteter og undladelser.

49. For det andet er en potentiel aktivitets kommercielle karakter ikke nogen grund til at begrænse eller helt udelukke beskyttelsen af de grundlæggende rettigheder<sup>20</sup>. Det kan bemærkes, at Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol (herefter »Menneskerettighedsdomstolen«) har fastslået, at ytringsfriheden, som sikret i artikel 10 EMRK, finder anvendelse uafhængigt af meddelelsens type, herunder når der er tale om en kommerciel reklame<sup>21</sup>. Den har anvendt ytringsfriheden specifikt ved evaluering af begrænsninger pålagt varemærker og andre former for reklame i henhold til national lovgivning<sup>22</sup>.

50. For det tredje blev ytringsfrihedens anvendelighed inden for varemærkeområdet udtrykkeligt bekræftet i præamblen til forordning (EU) 2015/2424 om ændring af forordning nr. 207/2009, og den er i dag anerkendt i forordning 2017/1001<sup>23</sup>.

51. For det fjerde og ganske subsidiært er en sådan forståelse af loven endvidere i tråd med Rettens tidligere retspraksis<sup>24</sup> og med EUIPO's egen afgørelsespraksis<sup>25</sup>.

52. Ytringsfriheden finder således klart anvendelse inden for varemærkelovgivningens område. Denne udtalelse rejser imidlertid flere spørgsmål, end den besvarer. Uanset hvor fascinerende problemet og den teoretiske diskussion heraf end måtte være<sup>26</sup>, er spørgsmålet stadig, hvad denne bekræftelse præcis bibringer til løsningen af den foreliggende sag.

19 – I modsætning til medlemsstaterne, til hvem chartrets bestemmelser kun er rettet, når de »gennemfører EU-retten« (den funktionelle definition af anvendelsesområdet), gør chartrets artikel 51, stk. 1, chartrets bestemmelser gældende for Unionens institutioner og organer i alle deres aktiviteter (den institutionelle definition af anvendelsesområdet).

20 – Jf. analogt også generaladvokat Fennellys forslag til afgørelse Tyskland mod Parlamentet og Rådet (C-376/98, EU:C:2000:324, punkt 154 og 155).

21 – Menneskerettighedsdomstolens dom af 25.8.2015, Dor mod Rumænien (CE:ECHR:2015:0825DEC005515312, § 43 og den deri nævnte retspraksis).

22 – Menneskerettighedsdomstolens dom af 24.2.1994, Casado Coca mod Spanien (CE:ECHR:1994:0224JUD001545089, § 35 og den deri nævnte retspraksis). Jf. også Menneskerettighedsdomstolens dom af 25.8.2015, Dor mod Rumænien (CE:ECHR:2015:0825DEC005515312, § 43 og den deri nævnte retspraksis), og Menneskerettighedsdomstolens dom af 30.1.2018, Sekmadienis Ltd. mod Litauen, (CE:ECHR:2018:0130JUD006931714, §§ 75-84).

23 – 21. betragtning til Europa-Parlamentets og Rådets forordning af 16.12.2015 om ændring af Rådets forordning nr. 207/2009 om EF-varemærker og Kommissionens forordning (EF) nr. 2868/95 om gennemførelsesbestemmelser til Rådets forordning (EF) nr. 40/94 om EF-varemærker og om ophævelse af Kommissionens forordning (EF) nr. 2869/95 om de gebyrer, der skal betales til Harmoniseringskontoret for det indre marked (varemærker og mønstre) (EUT 2015, L 341, s. 21). Sidstnævnte trådte i kraft den 23.3.2016, dvs. efter appellants indgivelse af sin ansøgning i den foreliggende sag den 21.4.2015. Jf. også 21. betragtning til forordning 2017/1001.

24 – F.eks. dom af 20.9.2011, Couture Tech mod KHIM (Gengivelse af det sovjetiske våbenskjold) (T-232/10, EU:T:2011:498, præmis 68-71).

25 – F.eks. appelkammerets afgørelse af 6.7.2006, R 495/2005-G, SCREW YOU, punkt 15, af 28.5.2015, R 2889/2014-4, DIE WANDERHURE, punkt 12, af 2.9.2015, R 519/2015-4, JEWISH MONKEYS, punkt 16, af 14.12.2015, R 1627/2015-4, PICA, punkt 16, og af 28.6.2017, R 2244/2016-2, BREXIT, punkt 26-34.

26 – Jf. f.eks. senest vedrørende forbindelsen mellem beskyttelsen af intellektuelle ejendomsrettigheder og menneskerettigheder C. Geiger og E. Izyumenko, »Intellectual property before the European Court of Human Rights«, i C. Geiger, C.A. Nard og X. Seuba, *Intellectual Property and the Judiciary*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2018, s. 9-90, navnlig s. 50-62, L.P. Ramsey, »A Free Speech Right to Trademark Protection?«, *The Trademark Reporter*, Vol. 106, nr. 5, 2016, s. 797.

53. På den ene side er EUIPO's udsagn om, at de grundlæggende rettigheder og afvejningen heraf allerede er blevet taget i betragtning af lovgiver ved udarbejdelsen af artikel 7, stk. 1, litra f), i forordning nr. 207/2009, vanskeligt at forsvare. Der er ikke nogen som helst angivelse af, hvordan en sådan afvejning præcis skal foretages i de enkelte sager. At hævde, at dette spørgsmål allerede er blevet behørigt behandlet ved alene at indsætte begreberne offentlig orden og sædelighed i artikel 7, stk. 1, litra f), er i lyset af de multifacetterede rettigheder og interesser, der står på spil, ganske enkelt uholdbart<sup>27</sup>.

54. På den anden side havde appellanten, da denne blev stillet spørgsmål om dette punkt i retsmødet, også forholdsvis vanskeligt ved at forklare, hvordan det udtrykkeligt at tage ytringsfriheden med i overvejelserne præcis ville have ændret prøvelsen i henhold til artikel 7, stk. 1, litra f). Appellantens forklaringer var faktisk reduceret til det udsagn, at hvis EUIPO og Retten havde taget hensyn til appellants ytringsfrihed i registreringsprocessen, ville de have tilladt registrering af det omtvistede varemærke, eftersom EUIPO var for strengt og i højere grad burde have set velvilligt på den ytringsfrihed, der er indeholdt i eller kommer til udtryk ved det omhandlede varemærke.

55. Dette argument er tæt knyttet til – eller overlapper endda – den kritik, som appellanten principielt gav udtryk for med hensyn til efterprøvelsen af følsomheden for de offentlige sæder, som identificeret af EUIPO, der efter appellants opfattelse ikke synes at hænge sammen med den relevante kundekreds' og de tyske myndigheders syn på udtrykket »Fack Ju Göhte«. Ytringsfrihed er derfor næppe et selvstændigt vurderingskriterium i vurderingen, men burde ifølge appellanten have ført EUIPO i retning af et andet (mere liberalt) syn på de offentlige sæder. Dette leder igen argumentet videre til det første anbringendes centrale spørgsmål, som allerede blev fremhævet ovenfor: Hvad henviser begreberne offentlig orden og sædelighed helt nøjagtigt til, og hvordan skal de efterprøves?

56. Sammenfattende må det siges, at selv om ytringsfriheden ikke er et primært mål med varemærkelovgivningen, er den klart til stede deri. Set i dette lys tilsigter den omhandlede udtalelse, som Retten fremsatte i præmis 29 i sin argumentation, måske at viderebringe en lidt anden idé: Ikke at ytringsfriheden ikke spiller nogen som helst rolle i varemærkelovgivningen, men snarere, at den vægt, som ytringsfriheden skal tillægges inden for varemærkeområdet i modsætning til inden for områderne kunst, kultur og litteratur, til en vis grad kan være en anden, måske en anelse mindre, i den overordnede afvejning af de foreliggende rettigheder og interesser.

57. Forstået i overensstemmelse med den første (bogstavelige) betydning er udtalelsen i den appellerede doms præmis 29 klart fejlagtig. Fortolket, så den får den anden betydning, som jeg netop skitserede, kan en sådan udtalelse efter min opfattelse forsvares: Selv om ytringsfriheden såvel som andre grundlæggende rettigheder, der potentielt måtte stå på spil, skal tages i betragtning i den overordnede afvejning, er beskyttelsen af ytringsfrihed ikke det primære mål med varemærkebeskyttelse.

## 2. Offentlig orden og/eller sædelighed?

58. Det blev præciseret i sagen ved Retten, at det omhandlede tegn var blevet efterprøvet specifikt i lyset af sædelighed i modsætning til den offentlige orden<sup>28</sup>. Den udtalelse blev udtrykkeligt bekræftet af EUIPO i retsmødet.

27 – I den foreliggende sag har appellanten påberåbt sig ytringsfrihed. Ytringsfriheden og andre rettigheder og interesser, der indgår i ligningen, er imidlertid ikke begrænset til indehaverne (eller de mulige indehavere) af de rettigheder, som varemærkebeskyttelsen giver. Ytringsfriheden kan også påberåbes af dem, der ønsker at gøre uautoriseret brug af et varemærke af grunde, de finder socialt væsentlige. Jf. f.eks. C. Geiger og E. Izyumenko (red.), »Intellectual property before the European Court of Human Rights« i C. Geiger, C.A. Nard og X. Seuba, *Intellectual Property and the Judiciary*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2018, s. 9-90, navnlig s. 50-54, og M. Senftleben, »Free signs and free use: How to offer room for freedom of expression within the trademark system«, i C. Geiger, *Research Handbook on Human Rights and Intellectual Property*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2015, s. 354-376. Jf. også generaladvokat Poiares Maduros forslag til afgørelse Google France og Google (C-236/08 – C-238/08, EU:C:2009:569, punkt 102).

28 – Den appellerede doms præmis 24.

59. Samtidig anførte Retten imidlertid i den appellerede dom, at begreberne »offentlig orden« og »sædelighed« er forskellige, men ofte overlapper hinanden<sup>29</sup>. EUIPO er derfor ikke forpligtet til at skelne mellem de to.

60. Det kan jeg ikke tilslutte mig. Det følger ikke af den kendsgerning, at de to begreber i nogle tilfælde kan overlappe hinanden, at det ikke er nødvendigt at skelne mellem dem. Det vigtigste er dog, som det så malende fremgår af denne sag, at den begrebsmæssige forskel mellem dem har konsekvenser for, *hvad* der præcis skal vurderes, og *hvordan*, hvis et af begreberne skal gøres gældende.

61. For at forklare denne forskel vil jeg lægge ud med et par korte bemærkninger om målet med varemærkebeskyttelse og den rolle, som artikel 7, stk. 1, litra f), i forordning nr. 207/2009 spiller herfor [a)], hvorefter jeg redegør for, hvordan forskellen mellem de to begreber allerede udspiller sig i praksis [b)], og til slut foreslår jeg, hvordan der bør skelnes mellem de to udtryk [c)].

#### a) Målet med varemærkebeskyttelse

62. Det siges generelt, at varemærkebeskyttelse giver den pågældende indehaver en eneret til en forbindelse, der skal oprettes af den relevante kundekreds mellem indehaveren og de omhandlede varer eller tjenesteydelser<sup>30</sup>. Det giver handlende mulighed for at indprente deres varer eller tjenesteydelser i forbrugers bevidsthed ved at knytte kvalitet, innovation eller andre egenskaber til et specifikt mærkeindtryk. I denne forbindelse har Domstolen fastslået, at den eneret, som varemærkebeskyttelsen tildeler, har til formål at sikre, at varemærket kan opfylde sin *væsentligste funktion*, som er at garantere varens eller tjenesteydelsens oprindelse over for forbrugerne, men ligeledes varemærkets *øvrige funktioner*, såsom dem, der består i at angive varens eller tjenesteydelsens kvalitet, eller kommunikations-, investerings- eller reklamefunktioner<sup>31</sup>.

63. Registreringen af et tegn som et varemærke er omfattet af flere begrænsninger. Af relevans for den foreliggende sag er det, at registrering kan afslås på baggrund af en af de såkaldte relative eller absolutte hindringer, der beskytter henholdsvis allerede bestående enerettigheder til tegn, såsom andre varemærker eller handelsbetegnelser, og forskellige former for samfundsmæssige interesser<sup>32</sup>.

64. Den absolutte registreringshindring vedrørende »den offentlige orden eller sædelighed«, som er omhandlet i den foreliggende sag, er fastlagt i artikel 7, stk. 1, litra f), i forordning nr. 207/2009<sup>33</sup>. Den fungerer som en grænse for, hvilke tegn der kan nyde den specifikke beskyttelse, som et varemærke yder, men det er vigtigt at bemærke, at dens formål ikke er at forhindre forretningsmæssig brug af tegn, hvis registrering er blevet afslået. Hvorvidt brugen af et tegn ville være utilladelig uanset afslaget

29 – Den appellerede doms præmis 23.

30 – Jf. f.eks. T. Cohen Jehoram, C. Van Nispen og T. Huydecoper, *European Trademark Law: Community trademark law and harmonized national trademark law*, Wolters Kluwers, Alphen aan den Rijn, 2010, s. 9 ff. Jf. også arbejdsdokument fra Kommissionens tjenestegrene, resumé af konsekvensanalysen, ledsagedokument til forslag til Europa-Parlamentets og Rådets forordning om ændring af Rådets forordning (EF) nr. 207/2009 af 26.2.2009 om EF-varemærker og forslag til Europa-Parlamentets og Rådets direktiv om indbyrdes tilnærmelse af medlemsstaternes lovgivning om varemærker (omarbejdning) af 27.3.2013, SWD(2013) 95 final, s. 5, og memorandum om etablering af et EF-varemærke af 6.7.1976 (SEK(76) 2462, s. 7).

31 – Dom af 25.1.2007, Adam Opel (C-48/05, EU:C:2007:55, præmis 21-25), og af 23.3.2010, Google France og Google (C-236/08 – C-238/08, EU:C:2010:159, præmis 77 og den deri nævnte retspraksis). Jf. også dom af 18.6.2002, Philips (C-299/99, EU:C:2002:377, præmis 30 og den deri nævnte retspraksis), af 25.3.2010, BergSpechte (C-278/08, EU:C:2010:163, præmis 31), og af 22.9.2011, Interflora og Interflora British Unit (C-323/09, EU:C:2011:604, præmis 38). Jf. også C.J. Werkman, *Trademarks: Their creation, psychology and perception*, J.H. de Bussy, Amsterdam, 1974, s. 4-9.

32 – W. Sakulin, *Trademark Protection and Freedom of Expression: An Inquiry into the Conflict Between Trademark Rights and Freedom of Expression under European Law*, Wolters Kluwer, Alphen aan den Rijn, 2011, s. 30.

33 – Den tilsvarende bestemmelse skal findes i artikel 4, stk. 1, litra f), i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv (EU) 2015/2436 af 16.12.2015 om indbyrdes tilnærmelse af medlemsstaternes lovgivning om varemærker (EUT 2015, L 336, s. 1) og artikel 6e, litra B, nr. 3), i Pariserkonventionen om beskyttelse af industriel ejendomsret af 20.3.1883, som revideret og ændret, idet sidstnævnte bestemmer, at omhandlede varemærker kun kan afslås eller kendes ugyldige i følgende tilfælde: »når de strider mod moralen eller den offentlige orden og især er egnet til at vildlede offentligheden. Der er enighed om, at et mærke ikke skal kunne anses stridende mod den offentlige orden af den grund alene, at det ikke stemmer med en eller anden bestemmelse i lovgivningen om varemærker, medmindre selve denne bestemmelse netop tager sigte på den offentlige orden«.

på varemærkebeskyttelse, er i det væsentlige overladt til medlemsstaternes nationale lovgivninger<sup>34</sup>. Et afslag på registrering af et tegn med denne begrundelse forhindrer ikke nødvendigvis, at det bruges forretningsmæssigt<sup>35</sup>. Tildelingen af eneret i forbindelse med varemærkebeskyttelse og muligheden for at markedsføre varer eller tjenesteydelser er forskellige spørgsmål, som henhører under separate regelsæt.

65. Når dette er sagt, har parternes skriftlige og i retsmødet afgivne indlæg afsløret, at der er ganske stor uenighed om, i hvilket omfang EUIPO bør tilstræbe et ubøjeligt syn på offentlig orden og/eller sædelighed i henhold til artikel 7, stk. 1, litra f), i forordning nr. 207/2009.

66. På den ene side hævdede appellantens i det væsentlige, at det ikke tilkommer EUIPO at påtage sig rollen som dommer over god smag/dårlig smag gennem en udvidet fortolkning af artikel 7, stk. 1, litra f). På den anden side hævdede EUIPO, at EU-lovgiver klart ønskede, at kontoret skulle spille en rolle i beskyttelsen af offentlig orden og sædelighed, alene i kraft af indførelsen af disse begreber i artikel 7, stk. 1, litra f), i forordning nr. 207/2009.

67. Her må jeg nødvendigvis være enig med EUIPO, dog med ét vigtigt forbehold. I medfør af artikel 7, stk. 1, litra f), har EUIPO ganske rigtigt en rolle at spille i beskyttelsen af offentlig orden og sædelighed. Desuden er denne rolle og dens rammer specifikke og uafhængige af andre reguleringsmæssige ordninger, inden for hvilke sådanne begreber med sandsynlighed vil blive anvendt, idet varemærkelovgivningen er en separat reguleringsmæssig ordning.

68. Beskyttelsen af offentlig orden og sædelighed er dog bestemt ikke EUIPO's og EU-varemærkelovgivningens vigtigste eller fornemmeste rolle. Den absolutte registreringshindring i artikel 7, stk. 1, litra f), fungerer nemlig som et sikkerhedsnet, der potentielt sætter grænser for opnåelsen af andre mål<sup>36</sup>. Den er dog bestemt ikke et mål i sig selv.

*b) »Offentlig orden« og »sædelighed« anvendt i praksis*

69. Er begreberne »offentlig orden« og »sædelighed« i artikel 7, stk. 1, litra f), i forordning nr. 207/2009 det samme?

70. I den appellerede dom fastslog Retten, at EUIPO ikke er forpligtet til at skelne mellem dem<sup>37</sup>. Den holdning synes at gå igen hos nogle forfattere, som mener, at de to begreber er indbyrdes udskiftelige<sup>38</sup>. For nogle er en sådan skelnen ikke nødvendig ud fra et praktisk synspunkt, da deres retlige følger er de samme<sup>39</sup>.

34 – G.N. Hasselblatt, *Community Trade Mark Regulation: A Commentary*, CH Beck-Hart-Nomos, München, 2015, s. 125: »Det bagvedliggende rationale for den absolutte registreringshindring i artikel 7, stk. 1, litra f), er således ikke at frasortere tegn, hvis forretningsmæssige brug med alle midler bør forhindres. Denne bestemmelses formål er snarere at forhindre tegn, som strider mod den offentlige orden eller sædelighed, i at nyde fordelene ved varemærkereгистраering.«

35 – Jf. f.eks. dom af 9.3.2012, Cortés del Valle López mod OHIM (¡Que bueno ye! HIJOPUTA) (T-417/10, ikke trykt i Sml, EU:T:2012:120, præmis 26 og 27), og af 14.11.2013, Eflag Trade Mark Company mod OHIM (FICKEN LIQUORS) (T-54/13, ikke trykt i Sml, EU:T:2013:593, præmis 44).

36 – Punkt 62-64 i nærværende forslag til afgørelse.

37 – Den appellerede doms præmis 23.

38 – Jf. f.eks. T. Cohen Jehoram, C. Van Nispen og T. Huydecoper, *European Trademark Law: Community trademark law and harmonized national trademark law*, Wolters Kluwers, Alphen aan den Rijn, 2010, s. 171.

39 – Jf. G.N. Hasselblatt, *Community Trade Mark Regulation: A Commentary*, CH Beck-Hart-Nomos, München, 2015, s. 125. Jf. også generaladvokat Jacobs' forslag til afgørelse Nederlandene mod Parlamentet og Rådet (C-377/98, EU:C:2001:329, punkt 95-99).

71. Den praktiske anvendelse viser et vekslende billede. Med hensyn til EUIPO's praksis synes dets undersøgelse nogle gange at blive udført for begge begreber under ét<sup>40</sup>, idet der nogle gange fokuseres mere – eller udelukkende – på den offentlige orden<sup>41</sup>, mens det i andre sager udfører sin analyse i lyset af sædelighed<sup>42</sup>.

72. Eksempelvis afslog EUIPO registrering af tegnet »MECHANICAL APARTHEID« for computerspil, tilhørende udgivelser og underholdning som værende i strid med Den Europæiske Unions offentlige orden, da det gik imod de udelelige og universelle værdier, som Unionen bygger på, dvs. menneskelig værdighed, frihed, fysisk integritet, lighed og solidaritet, og de demokratiske principper samt retsstatsprincippet<sup>43</sup>.

73. Sædelighed synes at have ligget til grund for appelkammerets vurdering, som fik det til at tillade (og dermed tilsidesætte den oprindelige undersøgelsesansvarliges afslag på) registrering af varemærket »JEWISH MONKEYS«<sup>44</sup>. Dette varemærke afspejlede navnet på en musikgruppe, som kombinerede elementer af jiddisch folkløse med popmusik<sup>45</sup>. Med henvisning til sin afgørelse i Die Wanderhure-sagen<sup>46</sup> bemærkede appelkammeret »den store folkelige succes« angående – og politiets undladelse af at gøre indsigelse mod – gruppens forestilling<sup>47</sup>. I sin vurdering af det omhandlede udtryks vulgaritet anførte det bl.a., at det, der var under diskussion, var værdierne i EU-retten som et retssystem, der beskytter de grundlæggende rettigheder og menneskerettighederne, ikke et sprogligt regelsæt til fjernelse af uønsket terminologi<sup>48</sup>.

74. Der er også sager, hvor »offentlig orden« og »sædelighed« blev behandlet samlet. I forbindelse med varemærket »BIN LADIN« fastslog appelkammeret, at det var overvældende klart, at varemærket var i strid med *den offentlige orden og sædelighed*, eftersom terrorforbrydelser på enhver måde er i strid med de etiske og moralske principper, der er anerkendt ikke blot i alle Den Europæiske Unions medlemsstater, men i alle civiliserede nationer<sup>49</sup>.

*c) »Offentlig orden« og »sædelighed«: den begrebsmæssige forskel*

75. Ovenstående eksempler viser, at der på trods af overlappningen mellem de to kategorier (som er en logisk følge af overlappningen mellem de retlige og moralske normer, de henviser til) også er en vis sondring mellem de to. Jeg vil sige, at der er en begrebsmæssig forskel med hensyn til, hvordan, af hvem og med hensyn til hvad indholdet af hver af disse kategorier defineres.

40 – Jf. f.eks. appelkammerets afgørelse af 29.9.2004, R 0176/2004-2, BIN LADIN, punkt 17 og 18, og af 28.6.2017, R 2244/2016-2, BREXIT, navnlig punkt 42; appelkammerets afgørelse af 6.7.2006, R 495/2005-G, SCREW YOU, og af 17.9.2012, R 2613/2011-2, ATATURK.

41 – Jf. appelkammerets afgørelse af 6.2.2015, R 2804/2014-5, MECHANICAL APARTHEID, punkt 30, og af 22.9.2015, R 1997/2014-4, OSHO, punkt 34 og 36. Jf. også dom af 15.3.2018, La Mafia Franchises mod EUIPO – Italien (La Mafia SE SIENTA A LA MESA) (T-1/17, EU:T:2018:146, præmis 42 og 48).

42 – Jf. f.eks. appelkammerets afgørelse af 1.9.2011, R 168/2011-1, FUCKING FREEZING!, punkt 25 og 29, og af 23.2.2015, R 793/2014-2, FUCK CANCER, punkt 19. Jf. for en oversigt over praksis med hensyn til artikel 7, stk. 1, litra f), i forordning nr. 207/2009, Den Europæiske Unions Kontor for Intellektuel Ejendomsret, *Retningslinjer for undersøgelse af EU-varemærker*, del B: Undersøgelse, afsnit 4: Absolutte hindringer for registrering, kapitel 7: Varemærker, som strider mod den offentlige orden eller sædelighed [artikel 7, stk. 1, litra f), i varemærkeforordningen], s. 4-6.

43 – Jf. appelkammerets afgørelse af 6.2.2015, R 2804/2014-5, MECHANICAL APARTHEID, punkt 30.

44 – Jf. appelkammerets afgørelse af 2.9.2015, R 519/2015-4, JEWISH MONKEYS, navnlig punkt 3, 10, 15 og 16. I denne afgørelse blev der interessant nok fokuseret på bandets potentielle fans som den relevante kundekreds og ikke på dem, der eventuelt måtte støde på varemærket i dagligdagen.

45 – Ibidem, punkt 11.

46 – Appelkammerets afgørelse af 28.5.2015, R 2889/2014-4, DIE WANDERHURE.

47 – Appelkammerets afgørelse af 2.9.2015, R 519/2015-4, JEWISH MONKEYS, punkt 11.

48 – Ibidem, punkt 16.

49 – Min fremhævelse. Jf. appelkammerets afgørelse af 29.9.2004, R 0176/2004-2, BIN LADIN, punkt 17. Jf. i denne forbindelse også appelkammerets afgørelse af 6.7.2006, R 495/2005-G, SCREW YOU, punkt 20, i hvilken det fastslås, at tegn, som i alvorlig grad krænker en større befolkningsgruppes religiøse følsomhed, også helst skal holdes ude af registret, om ikke af moralske hensyn, så i det mindste af hensyn til den offentlige orden, med andre ord risikoen for at skabe offentlig uro.

76. *Offentlig orden* er et normativt syn på værdier og mål, som defineres af den relevante offentlige myndighed, og som skal efterstræbes nu og i fremtiden, dvs. prospektivt. Den offentlige orden udtrykker således den offentlige tilsynsmyndigheds ønsker for så vidt angår de normer, der skal respekteres i samfundet. Dens indhold skal kunne efterprøves ud fra officielle retskilder og/eller politiske retningslinjer. Den skal dog være udtrykt, meget lig udstikningen af en kurs, og den offentlige orden skal først fastsættes af en offentlig myndighed, inden den kan efterstræbes<sup>50</sup>.

77. *Sædelighed* henviser efter min opfattelse til værdier og overbevisninger, som et givet samfund for øjeblikket efterlever, og som er opstillet og håndhæves efter den fremherskende sociale konsensus i dette samfund på et givet tidspunkt. I modsætning til den offentlige ordens oppefra-og-nedefter-karakter, vokser sædelighed nedefra og opefter. Den udvikler sig også over tid: Men når den efterprøves, fokuseres der primært på fortid og nutid. I forhold til det, den ønsker at opnå, er sædelighed i sagens natur også normativ og prospektiv i den forstand, at dette regelsæt også har som ambition at fremkalde og opretholde en vis adfærd<sup>51</sup>.

78. Den centrale forskel mellem de to begreber er den måde, hvorpå de fastsættes og dermed efterprøves. EFTA-domstolen hentydede til en tilsvarende sondring i forbindelse med direktiv 2008/95/EF<sup>52</sup>, da den fastslog, »at afslag begrundet i hensynet til den »offentlige orden« skal være baseret på en vurdering af objektive kriterier, mens en indvending mod et varemærke begrundet i hensynet til »sædelighed« vedrører en vurdering af subjektive værdier«<sup>53</sup>.

79. Eftersom *offentlig orden* er formuleret oppefra og nedefter, kan begrebets indhold efterprøves »objektivt«, fordi denne orden skal være fastsat et eller andet sted. Den offentlige orden kan således undersøges »ved skrivebordet« i de offentlige myndigheders kontorer under henvisning til love, politikker og officielle udtalelser. Det kan være nødvendigt at finde en nøjagtig kilde til en given udtalelse vedrørende offentlig orden, så meddelelsen herom (eller snarere afslaget på at tilvejebringe noget under henvisning til den offentlige orden) opfylder kriterierne om forudsigelighed, fravær af vilkårlighed og god forvaltningsskik. Når disse krav er opfyldt, er det imidlertid alene et spørgsmål om administrativ vilje og administrative ønsker.

80. Dette kan man til gengæld ikke sige om *sædelighed*. Denne kan ikke findes uden for sociale normer og social kontekst. Dens fastlæggelse kræver som minimum en vis empirisk vurdering af, hvad det relevante samfund (den pågældende kundekreds) på et givet tidspunkt opfatter som acceptable adfærdsnormer. For at fastslå, om et specifikt tegn strider mod sædelighed, er det med andre ord nødvendigt at basere sig på sagsspecifikke beviser med henblik på at efterprøve, hvordan den relevante kundekreds ville formodes at reagere på, at tegnet blev påført de pågældende varer eller tjenesteydelser.

50 – Jf. for en lignende tilgang f.eks. Den Europæiske Unions Kontor for Intellectuel Ejendomsret, *Retningslinjer for undersøgelse af EU-varemærker*, del B: Undersøgelse, afsnit 4: Absolutte hindringer for registrering, kapitel 7: Varemærker, som strider mod den offentlige orden eller sædelighed [artikel 7, stk. 1, litra f), i varemærkeforordningen], s. 4: »»Offentlig orden« [henviser] til den gældende EU-ret på et givent område såvel som til retsordenen og retsstatsprincippet i henhold til traktaterne og den afledte EU-lovgivning, som er et udtryk for en fælles forståelse af visse grundlæggende principper og værdier såsom menneskerettighederne.«

51 – Jf. også i denne forbindelse ibidem, s. 4 og 5, hvor det hedder, at begrebet sædelighed »udelukker registrering som EU-varemærker af blasfemiske, racistiske, diskriminerende eller krænkende ord eller udtryk, men kun hvis denne betydning klart fremgår af det påberåbte varemærke på en utvetydig måde.«

52 – Europa-Parlamentets og Rådets direktiv af 22.10.2008 om indbyrdes tilnærmelse af medlemsstaternes lovgivning om varemærker (EUT 2008, L 299, s. 25). Dette direktiv er blevet ophævet og erstattet med direktiv (EU) 2015/2436, som er nævnt i fodnote 33 i nærværende forslag til afgørelse.

53 – Jf. EFTA-domstolens dom af 6.4.2017, Oslo kommune (sag E-5/16, præmis 86).

81. Jeg vil gerne understrege, at for så vidt angår det faktiske resultat vil de to kategorier i nogle tilfælde overlappe hinanden<sup>54</sup>. En rimelig grad af offentlig orden bør ideelt set afspejle og konsolidere de offentlige sæder. I andre tilfælde vil det, der i første omgang blot var offentlig orden, også gradvist blive omdannet til sædelighed<sup>55</sup>.

82. Generelt ville jeg ikke insistere på at komme med en hel akademisk afhandling om denne skelnen mellem offentlig orden og sædelighed. I den foreliggende sag gør denne skelnen imidlertid en forskel. Den er relevant specifikt vedrørende, hvad EUIPO og indirekte Retten præcis burde have taget i betragtning, da førstnævnte afslog appellansens ansøgning under henvisning til den specifikke hindring vedrørende sædelighed, og sidstnævnte godkendte denne tilgang.

83. Sammenfattende skal EUIPO, hvis det ønsker at basere sig på den (absolutte) registreringshindring vedrørende sædelighed, under henvisning til den fremherskende opfattelse i den pågældende kundekreds godtgøre, hvorfor det mener, at et givet tegn vil krænke denne sædelighed. Det antydes bestemt ikke, at EUIPO skal foretage en tilbundsgående empirisk undersøgelse for at fastslå, hvad sædelighed er i forhold til et givet tegn. Jeg kan uden problemer tilslutte mig den udtalelse, som EUIPO fremsatte i retsmødet om, at det bedste, de kan give, er et »informeret skøn«. Dette skøn skal imidlertid være forankret i en specifik social kontekst, og det må ikke se bort fra faktiske beviser, som enten bekræfter eller eventuelt sår tvivl om EUIPO's egne holdninger til, hvad der er eller ikke er i overensstemmelse med sædelighed i et givet samfund på et givet tidspunkt.

### 3. Den foreliggende sag

84. I den foreliggende sag lever EUIPO's vurdering, som Retten godkendte, efter min opfattelse ikke op til disse standarder.

85. Listen over vare- og tjenesteydelseskategorier i appellansens ansøgning er ganske mangeartet<sup>56</sup>. Det blev imidlertid ikke diskuteret, om ordtegnet kunne have været tilladt for nogle kategorier og ikke for andre. Jeg ser derfor ikke nogen grund til at tage dette spørgsmål op i appelsagen.

86. Noget, der imidlertid blev diskuteret, og som er helt afgørende, er den kendsgerning, at EUIPO, samtidig med at det påberåbte sig artikel 7, stk. 2, i forordning nr. 207/2009, definerede den relevante kundekreds som *generel* og *tysktalende*. På den ene side er den relevante kundekreds dermed blevet defineret, således at den ikke blot omfatter den omhandlede films fans fra gymnasierne, men også mennesker, der måske aldrig har hørt om filmen, og som måske forståeligt nok ville blive overrasket over på deres ugentlige indkøbstur at finde et brød (klasse 30) eller tøjvaskeprodukter (klasse 3) med etiketten »Fack Ju Göhte« på hylderne.

87. På den anden side er den geografiske/sproglige afgrænsning af den relevante kundekreds til den tysktalende befolkning i Den Europæiske Union i lyset af den allerede nævnte artikel 7, stk. 2, bestemt en mulighed. Den har dog ganske omfattende følger. Først og fremmest skal tegnets iboende vulgaritet eller stødende karakter i så fald undersøges udelukkende med hensyn til den generelle kundekreds bestående af engelsktalende personer, der ikke har engelsk som modersmål. For så vidt angår det

54 – Jeg er f.eks. ikke i tvivl om, at varemærker, der er forbundet med eller anråber terrorhandlinger eller terrororganisationer, vil være i strid med såvel den offentlige orden (eftersom det ubestrideligt er et spørgsmål om offentlig orden at bekæmpe sådanne aktiviteter og bevare freden i samfundet) som sædelighed (eftersom det ligger fast, at næsten hele det europæiske samfund vil væmmes ved sådanne handlinger).

55 – For to årtier siden indførte den tjekkiske lovgiver en ny regel, der giver såkaldt »absolutt førsteprioritet« til (tidligere ret udsatte) fodgængere, som går over gaden, i forhold til passerende køretøjer i de udpegede områder, og det er et godt eksempel på dette scenarie. Det, der oprindeligt blev opfattet som endnu en færdselsregel under den offentlige orden, har i mellemtiden (forhåbentlig) også udviklet sig til en moralsk regel.

56 – Jf. listen i punkt 7 i nærværende forslag til afgørelse.

specifikke omhandlede tegn virker det, der af en engelsktalende person, der har engelsk som modersmål, opfattes som en iboende vulgaritet eller stødende, ikke nødvendigvis på samme måde på en tysk engelsktalende person (der ikke har engelsk som modersmål), især ikke, når der er tale om en usædvanlig fonetisk transskription af en fornærmelse, der kommer fra et andet sprog.

88. Uanset ovenstående, hvordan skal et sådant tegns overensstemmelse med sædelighed så vurderes? Når tilsynsmyndigheden vælger denne hindring, er den centrale forskel fra den tilgang, som Retten godkendte, efter min opfattelse, at en sådan vurdering ikke kan udføres ene og alene under hensyntagen til ordtegnet, isoleret fra den bredere samfundsmæssige opfattelse og kontekst, hvis der foreligger bevis herfor.

89. I denne forbindelse opstod der en omfattende diskussion mellem parterne vedrørende den kendsgerning, at der blev givet tilladelse til, at filmen »Fack Ju Göhte« blev vist under denne titel, og at der åbenbart ikke var nogen adgangsbegrænsninger for det unge publikum. Appellantens argumenter i denne henseende kunne i det væsentlige koges ned til, at hvis de pågældende tilsynsmyndigheder i de tysktalende lande i Den Europæiske Union ikke havde nogen problemer med filmens titel, skulle EUIPO således ikke rejse dem i forbindelse med registreringen af et eponymt varemærke. Til gengæld fastholdt EUIPO, at lovgivningen om filmudgivelse og -visning i en medlemsstat er et helt andet anliggende end varemærkelovgivningen på EU-plan.

90. På det strukturelle og institutionelle plan er jeg enig med EUIPO: Bedømmelse af og lovgivning om film i en medlemsstat er ganske rigtigt en anden reguleringsmæssig ordning end EU's varemærkelovgivning. Derfor er det, som en sådan national film-tilsynsmyndighed har besluttet med hensyn til udgivelses- og visningsbetingelser for en film, bestemt ikke i sig selv afgørende for den vurdering, der skal foretages i henhold til varemærkelovgivningen, nærmere betegnet i henhold til artikel 7, stk. 1, litra f), i forordning nr. 207/2009.

91. I modsætning til EUIPO mener jeg dog ikke, at vurderingen kan stoppe her. Selv om der er tale om forskellige reguleringsmæssige ordninger, er der en materiel overlapning mellem sådanne parallelle vurderinger: Begge vurderingsrammer har som udgangspunkt den samme kundekreds og vurderingen af sædelighed og vulgaritet inden for denne samme kundekreds på samme eller stort set samme tidspunkt. På det plan, hvilket EUIPO i øvrigt også selv anerkender<sup>57</sup>, har den moralske bedømmelse af et udtryks vulgaritet betydning.

92. Inden for denne dimension bliver de tidligere vurderinger, som diverse nationale organer har udført, ganske rigtigt relevante. Hvis de foreligger og bringes til EUIPO's kendskab, bør vurderinger fra sådanne nationale organer, som utvivlsomt er bedre rustet end et EU-varemærkekontor til at evaluere, hvad der er (a)moralsk og vulgært på et givet tidspunkt i en given medlemsstat, tages behørigt i betragtning.

93. Dette forhindrer naturligvis ikke EUIPO i at konkludere, at det ansøgte varemærke er i strid med sædelighed, især hvis sædelighed skal efterprøves på EU-plan. Sådanne konklusioner og empiriske beviser, navnlig når de vedrører præcis det samme sproglige eller geografiske område som det, EUIPO har valgt til sin egen vurdering, hæver ikke desto mindre standarderne for den argumentation, EUIPO skal fremføre, hvis kontoret ønsker at fravige det, de nationale organer fandt var de acceptable standarder for sædelighed inden for det samme område for – tilsyneladende – den samme generelle kundekreds og på samme tidspunkt.

57 – I denne henseende hedder det i Den Europæiske Unions Kontor for Intellectuel Ejendomsrets retningslinjer for undersøgelse af EU-varemærker, som nævnt i fodnote 50 i nærværende forslag til afgørelse, s. 5, at »[n]ational lovgivning og praksis anses for at være faktiske beviser, som muliggør en vurdering af opfattelsen hos den relevante kundekreds inden for det relevante område«.

94. I den foreliggende sag er denne standard ikke blevet overholdt. I de forskellige faser af procedurerne ved EUIPO og Retten henledte appellanten opmærksomheden på – uden at disse udtalelser blev modsagt – at filmen var en stor succes i tysktalende lande, tilsyneladende uden at skabe noget særligt postyr for så vidt angik dens titel, at filmens titel blev behørigt godkendt og frigivet til visning for et yngre publikum, og at den positive opfattelse af filmen også kan bevises ved dens indlemmelse i læringsprogrammet ved Goethe-Institut.

95. Igen er ingen af disse udtalelser i sig selv afgørende. På samme måde er filmens skæbne ikke bestemmende for registreringen af et varemærke. Over for så stærke beviser vedrørende den sociale opfattelse af præcis den samme titels sædelighed og potentielle vulgaritet skulle EUIPO imidlertid være kommet med langt mere overbevisende argumenter, hvis det ville konkludere, at det til trods for, at de forskellige organer i den tysktalende kundekreds havde vurderet, at udtrykket ikke ville falde denne kundekreds for brystet, alligevel ikke er muligt at registrere et eponymt varemærke på grund af, at det udgør en krænkelse af sædeligheden i den selv samme kundekreds.

96. En sådan opfattelse afspejler efter min mening også på korrekt vis den rolle, som sædelighed spiller inden for rammerne af EU's varemærkelovgivning. Eftersom fastlæggelse og efterprøvelse af sædelighed (såvel som den offentlige orden) næppe er EUIPO's vigtigste rolle inden for rammerne af varemærkelovgivningen<sup>58</sup>, er det vanskeligt at forestille sig, at EUIPO skulle have mandat til pludselig at begynde at tilstræbe et ubøjet syn på sædelighed, som er afskåret fra (eller snarere meget strengere end) det, der tilsyneladende er fremherskende i den eller de pågældende medlemsstater.

97. Kort sagt er jeg af den opfattelse, at Retten begik en retlig fejl, idet den fortolkede artikel 7, stk. 1, litra f), i forordning nr. 207/2009 fejlagtigt, da den ikke tog højde for elementer af den kontekst, der er af relevans for vurderingen af, om det ansøgte tegn er i overensstemmelse med sædelighed.

98. Det første anbringende bør derfor tages til følge, og den appellerede dom ophæves.

### ***B. Det andet og det tredje anbringende***

99. Såfremt Domstolen når frem til den samme konklusion for så vidt angår det første anbringende, kan undersøgelsen af det andet og det tredje anbringende anses for overflødig. Det er imidlertid generaladvokatens rolle at bistå Domstolen til fulde, uanset hvilken vej den vælger at gå. I den foreliggende sag understøtter det andet og det tredje anbringende det første anbringende yderligere: Vurderingen af, hvad der er eller ikke er i overensstemmelse med sædelighed, vil altid være en skønssag. Dog bør det – navnlig med hensyn til sådanne værdidomme – i det mindste være nogenlunde klart, hvilke kriterier der vil blive taget i betragtning ved dette skøn, så der i det mindste er en rimelig grad af forudsigelighed for så vidt angår det potentielle resultat. Det andet og det tredje anbringende påviser ikke desto mindre, at denne klarhed og forudsigelighed til en vis grad mangler i den foreliggende sag.

100. Det andet og det tredje anbringende vedrører den angivelige tilsidesættelse af ligebehandlingsprincippet (det andet anbringende) og princippet om god forvaltningsskik (det tredje anbringende). Appellanten kritiserer i det væsentlige Rettens manglende sanktionering af den ulige behandling af appellans ansøgning i lyset af en tidligere afgørelse, som EUIPO havde truffet i Die Wanderhure-sagen<sup>59</sup>.

58 – Punkt 65-68 i nærværende forslag til afgørelse.

59 – Appellationsretens afgørelse af 28.5.2015, R 2889/2014-4, DIE WANDERHURE.

101. I sit andet anbringende kritiserer appellanten, at Retten bekræftede den omtvistede afgørelse på trods af lighederne mellem situationen i den foreliggende sag og situationen i Die Wanderhure-sagen. Appellanten understreger, at den begrundelse, som EUIPO fremsatte – og Retten godkendte – som forklaring på de forskellige resultater, var, at det tegn, der blev ansøgt om og tildelt i Die Wanderhure-sagen, beskriver indholdet af en film. Det var ifølge EUIPO ikke tilfældet med det af appellanten ansøgte tegn. Appellanten er uenig og anfører, at det omhandlede tegn også beskriver indholdet af en film, i det omfang det er udtryk for de studerendes frustrationer over at skulle følge upopulære gymnasietimer. Appellanten kritiserer videre den manglende forklaring af, hvorfor det omhandlede tegn ikke kan anses for at beskrive indholdet af en film. Derudover er der ikke nogen objektiv begrundelse for Rettens udtalelse om, at tegnet »Die Wanderhure« er langt mindre chokerende og vulgært end det af appellanten ansøgte tegn.

102. Det tredje anbringende er begrænset til en udtalelse, hvorefter Retten også tilsidesatte princippet om god forvaltningsskik, da den ikke anvendte de konklusioner, der blev nået frem til i EUIPO's afgørelse i Die Wanderhure-sagen, på appellanten, og ikke undersøgte de faktiske omstændigheder i den foreliggende sag.

103. For så vidt angår det andet anbringende svarer EUIPO, at appellants anbringende vedrørende den manglende hensyntagen til en tidligere afgørelse åbenlyst savner grundlag, da EUIPO udtrykkeligt analyserede den omhandlede tidligere afgørelse (Die Wanderhure). Appellants argumenter vedrørende lighederne mellem de to situationer vedrører en faktisk omstændighed og falder derfor uden for det, der kan prøves ved en appel.

104. EUIPO fastholder desuden, at appellants argument vedrører rækkevidden af den begrundelsespligt, der består, når der i to situationer, som ligner hinanden, er opnået to forskellige resultater. Den begrundelsespligt, som appellanten påberåber sig, ville i realiteten betyde, at EUIPO var forpligtet til efterfølgende at påpege en mulig retlig fejl begået i en tidligere afgørelse (som ikke desto mindre er blevet endelig), uden at parterne i den tidligere sag har mulighed for at tage stilling hertil. En sådan begrundelsespligt ville endvidere være problematisk, hvis et allerede registreret varemærke senere skulle erklæres ugyldigt<sup>60</sup>. Dette spørgsmål er imidlertid ganske hypotetisk i den foreliggende sag, eftersom Retten tiltrådte EUIPO's udtalelse med hensyn til den manglende sammenlignelighed mellem de to situationer.

105. EUIPO har anfægtet det tredje anbringende, i det omfang det indeholder et anbringende om tilsidesættelse af retssikkerhedsprincippet uden nogen forklaring. For så vidt angår den angivelige tilsidesættelse af princippet om god forvaltningsskik mener EUIPO ikke, at anbringendet lever op til kravet i artikel 168, stk. 1, litra d), i Domstolens procesreglement, ifølge hvilket et appelskrift skal indeholde »de retlige anbringender og argumenter, der gøres gældende, og en kortfattet fremstilling af anbringenderne«. Ifølge EUIPO svarer dette anbringende til det første anbringende, og appellanten fremsatte ingen argumenter til støtte for anbringendet om tilsidesættelse af princippet om god forvaltningsskik ud over den angivelige tilsidesættelse af artikel 7, stk. 1, litra f), i forordning nr. 207/2009.

106. De argumenter, som appellanten har fremført i det andet og det tredje anbringende, vedrører efter min opfattelse principielt det samme: den angivelige manglende konsekvens i EUIPO's afgørelsespraksis, navnlig når den omtvistede afgørelse i den foreliggende sag sammenholdes med det resultat, som EUIPO nåede frem til i Die Wanderhure-sagen. Dette anbringende kan faktisk udtrykkes på begge måder, enten som en tilsidesættelse af ligebehandlingsprincippet (det andet anbringende) eller, i tilfælde af administrative organer, som et spørgsmål om god forvaltningsskik (det tredje

60 – I henhold til artikel 52, stk. 1, litra a), i forordning nr. 207/2009 (absolutte ugyldighedsgrunde) og samme forordnings artikel 53, stk. 1 (relative ugyldighedsgrunde).

anbringende)<sup>61</sup>. Princippet om god forvaltningsskik vedrører begrundelsespligten, som forklarer EUIPO's fravigelse af dets tidligere praksis. I denne forbindelse går dette princip logisk hånd i hånd med ligebehandlingsprincippet, da sidstnævnte kræver, at der opnås lignende resultater i lignende situationer og forskellige resultater i forskellige situationer.

107. Jeg vil derfor behandle de to anbringender under ét.

108. Begrundelsespligten er desuden fastsat i artikel 75 i forordning nr. 207/2009 og i artikel 94, stk. 1, i forordning 2017/1001 med den samme rækkevidde som den, der følger af artikel 296, stk. 2, TEUF<sup>62</sup>. Som fastslået af Domstolen har »EUIPO [...] en pligt til at udøve sine beføjelser i overensstemmelse med EU-rettens generelle principper, herunder ligebehandlingsprincippet og princippet om god forvaltningsskik«<sup>63</sup>. Det betyder navnlig, at »EUIPO [...] skal tage hensyn til de afgørelser, som EUIPO allerede har truffet vedrørende lignende ansøgninger, og særligt overveje, hvorvidt der i den foreliggende situation skal træffes samme afgørelse, idet anvendelsen af disse principper [...] skal kunne forliges med legalitetsprincippet«<sup>64</sup>.

109. Domstolen bemærkede videre, at »retten til god forvaltning i overensstemmelse med artikel 41, stk. 2, i [chartret] bl.a. indeholder pligten for forvaltningen til at begrunde sine beslutninger. Denne pligt [...] har det dobbelte formål dels, at de berørte personer kan få kendskab til grundlaget for den truffede foranstaltning med henblik på at forsvare deres rettigheder, dels, at Unionens retsinstanter kan efterprøve den omhandlede afgørelses lovlighed«<sup>65</sup>.

110. Domstolens seneste udtalelser, som citeret ovenfor, tilbageviser allerede en række af de argumenter, som EUIPO har fremsat i den foreliggende sag. For det første betyder kohærent beslutningstagning bestemt ikke, at resultaterne skal være identiske. Ej heller betyder det uforanderlighed eller manglende mulighed for at korrigere tidligere fejltagelser eller ændre sin tilgang og fortolkning. Det betyder blot, at man i videst muligt omfang efterlever en kohærent tilgang i sin beslutningstagning, f.eks. i den foreliggende sag de kriterier og elementer, der skal tages i betragtning ved vurdering af kategorierne i artikel 7, stk. 1, litra f), i forordning nr. 207/2009, og den strenghed eller eftergivenhed, hvormed de anvendes. Jeg vil gerne understrege: Kohærens i tilgangen er noget helt andet end identiske resultater.

111. For det andet har nødvendigheden af kohærens i tilgangen og i de kriterier, der skal anvendes, en proceduremæssig konsekvens: Det er naturligvis til enhver tid muligt at fravige den tidligere tilgang til beslutningstagning, men denne fravigelse skal begrundes og forklares på en kohærent måde.

112. Det er på dette kritiske punkt, at Die Wanderhure såvel som en række andre EUIPO-afgørelser, der er citeret løbende i nærværende forslag til afgørelse, ikke passer godt sammen med afgørelsen om »Fack Ju Göhte«.

113. Die Wanderhure vedrørte et tegn, »DIE WANDERHURE«, som også var navnet på en tysk roman og filmatiseringen heraf. Den undersøgelsesansvarlige fandt, at tegnet ikke var beskyttelsesberettiget i henhold til artikel 7, stk. 1, litra f), da det indbefattede et stødende udtryk, idet ordet »Hure« på tysk er synonym for en prostitueret og i daglig tale bruges om en person med mange seksuelle partnere<sup>66</sup>.

61 – Jeg bemærker, at der i overskriften på det tredje anbringende ikke blot henvises til princippet om god forvaltningsskik, men også til retssikkerhedsprincippet. Sidstnævnte princip kommenteres imidlertid ikke af appellanten, og det tredje anbringende skal forstås alene som en henvisning til princippet om god forvaltningsskik.

62 – Jf. i forbindelse med artikel 75 i forordning nr. 207/2009 dom af 28.6.2018, EUIPO mod Puma (C-564/16 P, EU:C:2018:509, præmis 65).

63 – Jf. dom af 28.6.2018, EUIPO mod Puma (C-564/16 P, EU:C:2018:509, præmis 60 og den deri nævnte retspraksis).

64 – Dom af 28.6.2018, EUIPO mod Puma (C-564/16 P, EU:C:2018:509, præmis 61). Jf. også dom af 16.1.2019, Polen mod Stock Polska og EUIPO (C-162/17 P, ikke trykt i Sml, EU:C:2019:27, præmis 60 og den deri nævnte retspraksis).

65 – Dom af 28.6.2018, EUIPO mod Puma (C-564/16 P, EU:C:2018:509, præmis 64).

66 – Appellammerets afgørelse af 28.5.2015, R 2889/2014-4, DIE WANDERHURE, punkt 3.

114. Denne afgørelse blev tilsidesat af appelkammeret. Sidstnævnte bemærkede, at den undersøgelsesansvarlige havde begrænset sig til at lægge vægt på tegnets anden orddel uden at kommentere den første del. Appelkammeret beskrev indholdet af romanen og af filmen med samme navn som det ansøgte tegn og bemærkede, at de begge havde nydt stor folkelig succes. Romanen og filmen fortæller en historie om en ung omvandrende kvinde, som tilbyder sine ydelser i det 15. århundrede, hvor de relevante brugere af ydelserne er gejstlige ved koncilet i Konstanz. Appelkammeret fastslog, at den succes beviste, at kundekredsen ikke blev stødt over bogens indhold eller titel. Det fastslog endvidere, at byen Konstanz ikke så noget problematisk i at tilbyde særlige gåture »i det ansøgte tegns fodspor«<sup>67</sup>.

115. Appelkammeret fastslog, at et varemærke er amoralsk, hvis modtageren af varen, når denne læser det ansøgte tegn, bliver fornærmet eller nedgjort, eller hvis enkeltpersoner eller grupper af mennesker bliver forskelsbehandlet eller gjort til grin<sup>68</sup>. Det var imidlertid ikke tilfældet med det omhandlede tegn i den pågældende sag<sup>69</sup>. Derudover er det også muligt, at en formulering, som er vulgær i henhold til ordbogen, bruges på en rent humoristisk måde, alt afhængig af konteksten. Den vurdering, der skal foretages i henhold til artikel 7, stk. 1, litra f), i forordning nr. 207/2009, beskytter ifølge appelkammeret værdierne i EU-retten som et retssystem, der beskytter de grundlæggende rettigheder og menneskerettighederne, [men er ikke er ment som] et sprogligt regelsæt til sletning af bandeord<sup>70</sup>.

116. I forbindelse med den foreliggende sag var det specifikt med henvisning til denne afgørelse og begrundelsen herfor, at det blev nævnt, at EUIPO's generelle tilgang i henhold til artikel 7, stk. 1, litra f), i forordning nr. 207/2009 tidligere var ganske liberal, og at Die Wanderhure-sagen blev opfattet som et eksempel på denne tilgang<sup>71</sup>. Appellanten understreger navnlig, at hvis udtrykket »Die Wanderhure« kan opfattes som værende hverken chokerende eller vulgært trods dets henvisning til en kvinde, som tilbyder seksuelle ydelser mod betaling, må man i endnu højere grad nå frem til en sådan konklusion med hensyn til tegnet »Fack Ju Göhte«.

117. I lyset af disse udtalelser finder jeg, at det på baggrund af de ubestridelige umiddelbare ligheder mellem på den ene side den kontekst, inden for hvilken der er ansøgt om det omhandlede tegn, og på den anden side situationen i Die Wanderhure-sagen samt den kendsgerning, at appellanten gentagne gange har henvist til denne afgørelse i sine indlæg, synes rimeligt at forvente, at EUIPO giver (og at Retten kræver) en plausibel forklaring for så vidt angår de forskellige resultater i de to situationer.

118. I denne henseende fastslog Retten i den appellerede doms præmis 40, at ansøgningen vedrørende det omhandlede tegn og den ansøgning, der blev indgivet i Die Wanderhure, ikke kan opfattes som lignende hinanden. Det skyldes ifølge Retten (med henvisning til appelkammerets vurdering) for det første, at tegnet »Die Wanderhure« beskrev indholdet af filmen af samme navn, mens dette ikke var tilfældet med det tegn, der er omhandlet her. Det var således ifølge Retten ikke muligt at udlede af den omfattende succes, som filmen *Fack Ju Göhte* opnåede, at kundekredsen vil genkende titlen øjeblikkeligt i kraft af det ansøgte tegn og ikke vil blive chokeret over det. For det andet er tegnet »Die Wanderhure« i den relevante kundekreds' øjne langt mindre chokerende<sup>72</sup>.

119. Ingen af disse forklaringer er overbevisende.

67 – Appelkammerets afgørelse af 28.5.2015, R 2889/2014-4, DIE WANDERHURE, punkt 6-9.

68 – Appelkammerets afgørelse af 28.5.2015, R 2889/2014-4, DIE WANDERHURE, punkt 12.

69 – Appelkammerets afgørelse af 28.5.2015, R 2889/2014-4, DIE WANDERHURE, punkt 13.

70 – Appelkammerets afgørelse af 28.5.2015, R 2889/2014-4, DIE WANDERHURE, punkt 12.

71 – Jf. også appelkammerets afgørelse af 21.1.2010, R 385/2008-4, Fucking Hell, af 1.9.2011, R 168/2011-1, FUCKING FREEZING!, og af 2.9.2015, R 519/2015-4, JEWISH MONKEYS, kommenteret i punkt 73 i nærværende forslag til afgørelse. Jf. også (til dels) appelkammerets afgørelse af 6.7.2006, R 495/2005-G, SCREW YOU.

72 – Den appellerede doms præmis 40.

120. For det første er det uklart for mig, hvordan Retten nåede frem til den konklusion, at varemærket i Die Wanderhure-sagen beskrev filmens indhold, mens »Fack Ju Göhte« ikke gør. Selv om dette spørgsmål kan ses som et faktisk spørgsmål, er det, det grundlæggende handler om her, den retlige prøvelse, som EUIPO og Retten foretager, når de vurderer en ansøgning om registrering af et tegn, som givetvis indeholder et vulgært udtryk, der svarer til titlen på en succesfuld film (eller roman), og når denne succes inspirerer offentlige organer (hvad enten det er byen Konstanz eller Goethe-Institut) til at bruge det anvendte sprog til sine egne offentlige formål (sightseeing i det ene tilfælde og sproglæring i det andet).

121. For så vidt angår specifikt relevansen af »ækvivalensen« mellem det ansøgte tegn og filmens navn er jeg ude af stand til at se, for det første, hvorfor denne omstændighed overhovedet har nogen betydning, og, for det andet, hvordan denne »ækvivalens« er blevet vurderet.

122. Selv om det blev præciseret nøjagtigt, hvad der menes med, at »en titel beskriver indholdet af en film«, er det uklart, hvordan den kendsgerning, at et varemærke svarer til indholdet af en film, som sådan og i sig selv kan gøre et givet tegn egnet til at undslippe anvendelsen af artikel 7, stk. 1, litra f), i forordning nr. 207/2009. Derudover er argumentationen på dette punkt ganske enkelt i modstrid med den generelle vurderingstilgang, som EUIPO anfører med hensyn til »Fack Ju Göhte« (efter hvilken tegnet skal vurderes som sådant, isoleret, som havende en iboende vulgaritet, uanset om der fandtes en eponym film eller ej), mens der i Die Wanderhure-sagen blev valgt præcis den modsatte tilgang (tegnet blev vurderet i dets sociale kontekst, og romanens og filmens succes blev brugt som hovedargumentet for dets ikke-stødende karakter).

123. Jeg bemærker derfor de temmelig klart modstridende tilgange til evalueringen af faktisk tilsvarende og retligt identiske situationer uden overhovedet at gå ind i den (ganske rigtigt faktiske) diskussion af, hvorfor den formodentlig tysktalende generelle kundekreds med tysk som modersmål, der ser varemærket DIE WANDERHURE<sup>73</sup> på varer eller (især på) tjenesteydelser<sup>74</sup>, hvilket udtryk enhver tysktalende person øjeblikkelig vil forstå, således skulle blive meget mindre chokeret end dem, der måtte begynde at undre sig over, hvad »Fack Ju Göhte« mon skal betyde, når de ikke har set filmen.

124. Jeg forstår, at stræben efter kohærens i afgørelsespraksis er et langsigtet mål, hvilket EUIPO også erkendte i retsmødet. I betragtning af mangfoldigheden af mulige faktiske scenarier, som EUIPO kan blive stillet over for, er dette bestemt ikke nogen nem opgave. Disse vanskeligheder kan dog næppe anføres som begrundelse for, at standarderne sænkes eller helt opgives, når der skal gives en begrundelse for en afgørelse.

125. Igen kan det kun gentages, at en sådan forpligtelse ikke betyder, at man ikke skal kunne nå frem til et andet resultat i en specifik sag, hvis forskellen mellem sagerne forklares korrekt, eller helt ændre sin fortolkningstilgang, hvis denne fravigelse nævnes og forklares. Analogien med vedtagelsen af retsafgørelser i denne henseende er forholdsvis klar, selv om standarderne for argumentationen ikke er lige så høje. Tilsvarende er domstole ikke forhindret i at ændre deres retspraksis over tid<sup>75</sup>, men de er forpligtet til at forklare en potentiel ændring inden for en given gren af retspraksis<sup>76</sup>.

73 – Den engelske titel på den tyske bogserie (oversat af Lee Chadeayne) er *The Wandering Harlot*. Hvis den blev tilpasset moderne sprogbrug, kunne der imidlertid benyttes langt mindre subtile oversættelser.

74 – Interessant nok ser det ud til, at registreringen af varemærket er gyldig ikke blot for varer (klasse 9 og 16), men også for tjenesteydelser (klasse 35, 38 og 41).

75 – Jf. f.eks. Menneskerettighedsdomstolens dom af 14.1.2010, Atanasovski mod den tidligere jugoslaviske republik Makedonien (CE:ECHR:2010:0114JUD003681503, § 38).

76 – Jf. bl.a. Menneskerettighedsdomstolens dom af 14.1.2010, Atanasovski mod den tidligere jugoslaviske republik Makedonien (CE:ECHR:2010:0114JUD003681503, § 38), af 7.6.2007, Salt Hiper SA mod Spanien (CE:ECHR:2007:0607JUD002577903, § 26), og af 30.11.2010, S.S. BALIKLIÇEŞME Beldesi tar. kal. Kooperatif mod Tyrkiet (CE:ECHR:2010:1130JUD000357305, § 28).

126. I begge tilfælde er fællesnævneren lighed for loven, men også – fra afgørelsens modtagers synspunkt – dens forudsigelighed. Selv den klogeste erhvervsdrivende vil næppe være i stand til at planlægge sin overordnede kommercielle strategi, hvis visse elementer i én sag tages i betragtning, og tilgangen til vurderingen som helhed er forholdsvis liberal og frisindet, og de samme eller tilsvarende elementer under faktisk tilsvarende omstændigheder i forbindelse med anvendelsen af de samme lovbestemmelser på en anden sag siges at være blottet for relevans, og den overordnede tilgang er langt mere streng.

127. Endelig anerkender jeg absolut varemærkelovgivningens specifikke reguleringsmæssige kontekst og den kendsgerning, at tidligere registreringer efterfølgende kan anfægtes, herunder på baggrund af fejlagtig anvendelse af artikel 7, stk. 1, litra f), i forordning nr. 207/2009<sup>77</sup>. Jeg kan dog stadig ikke se, hvordan dette argument skulle understøtte en fravigelse af selv minimumskravet om kohærens i den administrative afgørelsespraksis, som er et tværgående princip, der finder anvendelse på alle områder af den offentlige forvaltning, herunder varemærkelovgivningen.

128. Sammenfattende mener jeg, at Retten begik en retlig fejl, da den undlod at sanktionere EUIPO's manglende korrekte forklaring af fravigelsen af dets tidligere afgørelsespraksis eller manglende plausible begrundelse for, at afgørelsen om ansøgningen vedrørende det omhandlede tegn skulle være anderledes end resultatet i en tilsvarende sag, som appellanten gjorde EUIPO opmærksom på.

## V. Påstandene i den foreliggende sag

129. Ved nærværende appel har appellanten nedlagt påstand om ophævelse af den appellerede dom og om, at EUIPO tilpligtes at betale sagsomkostningerne. Appellanten har ikke også nedlagt påstand om annullation af den omtvistede afgørelse.

130. Ikke desto mindre kan Domstolen i henhold til artikel 61, stk. 1, i Statutten for Den Europæiske Unions Domstol og det deri indeholdte princip om effektiv sagsbehandling og retssagernes effektivitet, såfremt en anfægtet dom ophæves, selv træffe endelig afgørelse, hvis sagen er moden til påkendelse.

131. Jeg mener, at dette krav er opfyldt i den foreliggende sag.

132. Af de grunde, der fremgår af afsnit A i nærværende forslag til afgørelse, foreslår jeg, at det første anbringende tages til følge. Retten begik en fejl i sin fortolkning af artikel 7, stk. 1, litra f), i forordning nr. 207/2009, hvilket efterfølgende blev omsat til en tilsvarende mangel på (relevant) argumentation i den appellerede dom. Såfremt Domstolen tager det første anbringende til følge, vil den omtvistede afgørelse truffet af appelkammeret ved EUIPO – uanset Domstolens potentielle konklusioner vedrørende det andet og det tredje anbringende – uundgåeligt skulle ophæves af Retten efterfølgende af de samme grunde.

133. Under disse omstændigheder vil det ikke være nødvendigt, at Retten foretager en fornyet vurdering af sagen.

## VI. Sagsomkostninger

134. Som fastsat i artikel 184, stk. 2, i Domstolens procesreglement træffer Domstolen, når appellen tages til følge, og Domstolen selv endeligt afgør sagen, afgørelse om sagsomkostninger.

<sup>77</sup> – Punkt 104 og fodnote 60 i nærværende forslag til afgørelse.

135. I henhold til artikel 138, stk. 1, i procesreglementet, som finder anvendelse på appelsager i henhold til artikel 184, stk. 1, deri, pålægges det den tabende part at betale sagsomkostningerne, hvis der er nedlagt påstand herom.

136. Appellanten har nedlagt påstand om, at EUIPO tilpligtes at betale sagsomkostningerne. Hvis Domstolen følger mit forslag for så vidt angår resultatet af nærværende appel, er sidstnævnte den tabende part. EUIPO bør derfor tilpligtes at betale omkostningerne i forbindelse med såvel sagen i første instans (sag T-69/17) som appelsagen.

## VII. Forslag til afgørelse

137. Jeg foreslår, at Domstolen træffer følgende afgørelse:

- »– Den Europæiske Unions Rets dom af 24. januar 2018, Constantin Film Produktion mod EUIPO (Fack Ju Göhte) (T-69/17, ikke trykt i Sml, EU:T:2018:27), ophæves.
- Afgørelsen truffet den 1. december 2016 af Femte Appelkammer ved Den Europæiske Unions Kontor for Intellektuel Ejendomsret (EUIPO) (sag R 2205/2015-5, Fack Ju Göhte) annulleres.
- EUIPO bærer sine egne omkostninger og betaler de omkostninger, som Constantin Film Produktion GmbH har afholdt såvel i sagen i første instans som i den foreliggende appelsag.«