



Samling af Afgørelser

RETTENS DOM (Anden Afdeling)

30. november 2017*ⁱ

»EU-varemærker - ugyldighedssag - EU-varemærke, der består af en kombination af farverne blå og sølv - absolut registreringshindring - grafisk gengivelse, der er tilstrækkelig klar og præcis - behov for en systematisk opstilling, der forbinder farverne på en forudbestemt og uforanderlig måde - berettiget forventning - artikel 4 og artikel 7, stk. 1, litra a), i forordning (EF) nr. 207/2009 [nu artikel 4 og artikel 7, stk. 1, litra a), i forordning (EU) 2017/1001]«

I de forenede sager T-101/15 og T-102/15,

Red Bull GmbH, Fuschl am See (Østrig), ved advokat A. Renck,

sagsøger,

støttet af

Marques, Leicester (Det Forenede Kongerige), først ved solicitors R. Mallinson og F. Delord, derefter ved R. Mallinson,

intervenient,

mod

Den Europæiske Unions Kontor for Intellectuel Ejendomsret (EUIPO) ved A. Folliard-Monguiral, som befuldmægtiget,

sagsøgt,

den anden part i sagen for appelkammeret ved Den Europæiske Unions Kontor for Intellectuel Ejendomsret (EUIPO) og intervenient ved Retten

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

angående to søgsmål til prøvelse af to afgørelser truffet den 2. december 2014 af Første Appelkammer ved EUIPO (sagerne R 2037/2013-1 og R 2036/2013-1) vedrørende to ugyldighedssager mellem Optimum Mark et Red Bull,

har

* Processprog: engelsk.

RETTEN (Anden Afdeling),

sammensat af afdelingsformanden, M. Prek, og dommerne E. Buttigieg og B. Berke (refererende dommer),

justitssekretær: fuldmægtig J. Weychert,

under henvisning til stævninger indleveret til Rettens Justitskontor den 26. februar 2015,

under henvisning til EUIPO's svarskifter, der blev indleveret til Rettens Justitskontor den 11. juni 2015,

under henvisning til intervenientens svarskifter, der blev indleveret til Rettens Justitskontor den 5. juni 2015,

under henvisning til replikkerne, der blev indleveret til Rettens Justitskontor den 1. september 2015 i sag T-101/15,

under henvisning til intervenientens duplikker, der blev indleveret til Rettens Justitskontor den 19. november 2015,

under henvisning til kendelse af 18. november 2015, der giver Marques tilladelse til at intervenere til støtte for sagsøgerens påstande,

under henvisning til Marques' interventionsindlæg, der blev indleveret til Rettens Justitskontor den 6. januar og den 22. marts 2016,

under henvisning til sagsøgerens bemærkninger, der blev indleveret til Rettens Justitskontor den 22. marts 2016,

under henvisning til EUIPO's bemærkninger, der blev indleveret til Rettens Justitskontor den 21. marts 2016,

under henvisning til intervenientens bemærkninger, der blev indleveret til Rettens Justitskontor den 22. marts 2016,

under henvisning til kendelsen afsagt den 9. december 2016, hvorved sagerne T-101/15 og T-102/15 blev forenet med henblik på den mundtlige forhandling og dommen,

under henvisning til ændringen af sammensætningen af Rettens afdelinger,

på grundlag af retsmødet den 10. marts 2017

afsagt følgende

Dom

Tvistens baggrund

Sag T-101/15

- 1 Den 15. januar 2002 indgav sagsøgeren, Red Bull GmbH, en ansøgning om registrering af et EU-varemærke til Den Europæiske Unions Kontor for Intellectuel Ejendomsret (EUIPO) i henhold til Rådets forordning (EF) nr. 40/94 af 20. december 1993 om EF-varemærker (EFT 1994, L 11, s. 1), med senere ændringer (erstattet af Rådets forordning (EF) nr. 207/2009 af 26.2.2009 om EF-varemærker (EUT 2009, L 78, s. 1), med senere ændringer, og nu selv erstattet af Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EU) 2017/1001 af 14.6.2017 om EU-varemærker (EUT 2017, L 154, s. 1)).
- 2 Det varemærke, der søgtes registreret (herefter »det første anfægtede varemærke«) er en kombination af to farver i sig selv som gengivet nedenfor:

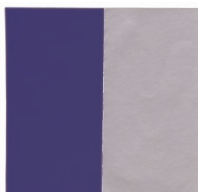


- 3 Ved meddelelse af 30. juni 2003 fremlagde sagsøgeren yderligere dokumenter med henblik på at godtgøre det særpræg, som det første anfægtede varemærke havde opnået ved brug. Den 11. oktober 2004 fremlagde sagsøgeren en beskrivelse af det første anfægtede varemærke som følger: »Den ansøgte beskyttelse vedrører farverne blå (RAL 5002) og sølv (RAL 9006). Forholdet mellem farverne er ca. 50%-50%.«
- 4 De varer, som registreringsansøgningen 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«.
- 5 EU-varemærkeansøgningen blev offentliggjort i *EF-Varemærketidende* nr. 10/2005 af 7. marts 2005. Det første anfægtede varemærke blev registreret den 25. juli 2005 under nr. 002534774 med angivelse af det særpræg, det havde opnået ved brug, og af den beskrivelse, der er nævnt ovenfor i præmis 3.
- 6 Den 20. september 2013 indgav intervenienten, Optimum Mark sp. z o.o., en begæring om, at det første anfægtede varemærke blev erklæret ugyldigt i henhold til artikel 52, stk. 1, litra a), i forordning nr. 207/2009 [nu artikel 59, stk. 1, litra a), i forordning 2017/1001], sammenholdt med den nævnte forordnings artikel 7, stk. 1, litra a), b) og d) [nu artikel 7, stk. 1, litra a), b) og d), i forordning 2017/1001], og samme forordnings artikel 52, stk. 1, litra b) [nu artikel 59, stk. 1, litra b), i forordning 2017/1001], for alle de varer, der er anført ovenfor i præmis 4.
- 7 Ugyldighedsbegæringen var støttet på følgende begrundelse:
 - Det første anfægtede varemærke opfylder ikke kravene i artikel 7, stk. 1, litra a), i forordning nr. 207/2009, idet den grafiske gengivelse af det ikke opfylder betingelserne efter retspraksis, hvorefter en grafisk gengivelse skal være klar, præcis, fuldstændig i sig selv, let tilgængelig, forståelig, varig og objektiv og skal indeholde en systematisk opstilling, der forbinder farverne med hinanden på en forudbestemt og uforanderlig måde.

- Formuleringen af den beskrivelse, der var vedlagt ansøgningen om registrering af det første anfægtede varemærke, giver mulighed for flere forskellige sammensætninger i forholdet »ca.« 50%-50% mellem de to farver og derfor mulighed for adskillige opstillinger, hvorfor forbrugerne ikke med vished kan gentage en bestemt købsoplevelse.

Sag T-102/15,

- Den 1. oktober 2010 indgav sagsøgeren en anden ansøgning om registrering af et EU-varemærke til EUIPO i henhold til forordning nr. 207/2009. Det varemærke, der søgtes registreret (herefter »det andet anfægtede varemærke«), er en kombination af to farver i sig selv som gengivet nedenfor:



- De varer, som varemærkesansøgningen vedrørte, henhører under klasse 32 i Nicearrangementet og svarer til følgende beskrivelse: »energidrikke«.
- EU-varemærkeansøgningen blev offentliggjort i *EF-Varemærketidende* nr. 48/2011 af 29. november 2010.
- Den 22. december 2010 sendte undersøgeren en meddelelse om, at de formelle krav i henhold til regel 9, stk. 3, i Kommissionens forordning (EF) nr. 2868/95 af 13. december 1995 om gennemførelsesbestemmelser til Rådets forordning (EF) nr. 40/94 om EF-varemærker (EFT 1995, L 303, s. 1) ikke var opfyldt, og oplyste, at de proportioner, hvori hver farve skulle anvendes på varerne, ikke var blevet angivet i det felt, der var reserveret til beskrivelsen af varemærket, og måden, hvorpå disse farver skulle fremstå, var ikke blevet præciseret. Undersøgeren opfordrede sagsøgeren til at præcisere »proportionerne mellem de to farver (f.eks. i lige dele) og måden, hvorpå disse skulle fremstå«.
- Den 10. februar 2011 oplyste sagsøgeren undersøgeren, at »[i] overensstemmelse med [dennes] meddelelse af 22. december 2010 underrettede [sagsøgeren] EUIPO [...] om den omstændighed, at de to farver vil[le] blive anvendt i lige dele og sammenstillet«.
- Den 8. marts 2011 blev det andet anfægtede 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.«
- Den 27. september 2011 indgav intervenienten en begæring om, at det andet anfægtede varemærke blev erklæret ugyldigt i henhold til artikel 52, stk. 1, litra a), i forordning nr. 207/2009, sammenholdt med den nævnte forordnings artikel 7, stk. 1, litra a), b) og d), og samme forordnings artikel 52, stk. 1, litra b), for alle de varer, der var omfattet af varemærket.
- Ugyldighedsbegæringen var støttet på følgende begrundelse:
 - Det andet anfægtede varemærke opfyldte ikke kravene i artikel 7, stk. 1, litra a), i forordning nr. 207/2009, idet den grafiske gengivelse af det ikke opfyldte betingelserne i henhold til retspraksis, hvorefter en grafisk gengivelse skal være klar, præcis, fuldstændig i sig selv, let tilgængelig, forståelig, varig og objektiv og skal indeholde en systematisk opstilling, der forbinder farverne med hinanden på en forudbestemt og uforanderlig måde.

- Da udtrykket »sammenstillet« kunne forstås som »med en fælles kant« eller som »placeret ved siden af hinanden« eller »behandlet samlet for at skabe en kontrastvirkning«, angav beskrivelsen af det andet anfægtede varemærke ikke, med hvilken opstilling de to farver skulle påføres varerne, og den var derfor ikke fuldstændig, klar og præcis i sig selv.

Sagerne T-101/15 og T-102/15

- 16 Ved to afgørelser af 9. oktober 2013 erklærede annullationsafdelingen det første og det andet anfægtede varemærke ugyldige (herefter samlet »de anfægtede varemærker«), idet den fandt, at den grafiske gengivelse af disse udgjorde »en enkel sammenstilling af to eller flere farver, der er angivet abstrakt og uden kontur«, som omhandlet i dom af 24. juni 2004, Heidelberger Bauchemie (C-49/02, EU:C:2004:384, præmis 34), idet den ikke bestod af præcise og faste tegn som krævet efter artikel 4 i forordning nr. 207/2009 (nu artikel 4 i forordning 2017/1001), og idet den 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 en købsoplevelse. Den grafiske gengivelse gjorde det heller ikke muligt for de kompetente myndigheder og de erhvervsdrivende at kende rækkevidden af de beskyttede rettigheder, som indehaveren af de anfægtede varemærker var omfattet af. Således gjorde den grafiske gengivelse af de anfægtede varemærker sammen med beskrivelsen (i de to varianter, der er anført ovenfor i præmis 3 og 13) det ikke muligt at bestemme farvernes specifikke opstilling, som kunne definere en særlig kombination af farverne i lige dele og dermed genstanden for den beskyttelse, som de anfægtede varemærker gav, hvorfor de ikke var i overensstemmelse med artikel 4 i forordning nr. 207/2009. Selv om en sådan beskrivelse nemlig ikke skal beskrive måden, hvorpå et varemærke vil blive anvendt eller påført de forskellige varer, har den efter denne bestemmelse til formål at definere den præcise genstand for den beskyttelse, der ydes med registreringen af varemærket. Annullationsafdelingen præciserede desuden, at selv om det er korrekt, at regel 3, stk. 3, i forordning nr. 2868/95 ikke stiller krav om, at der fremlægges en beskrivelse af en grafisk gengivelse, udelukker denne bestemmelse dog ikke muligheden for, at et varemærke udelukkes fra registrering eller erklæres ugyldigt, når en beskrivelse findes nødvendig for at sikre overensstemmelsen af en varemærkeregistrering med artikel 4 i forordning nr. 207/2009. Endelig bemærkede annullationsafdelingen, at EUIPO ikke er bundet af sine tidligere afgørelser, men af legalitetsprincippet, og den anførte i konklusionen, at den under hensyn til, at ugyldighedsbegæringen blev taget fuldt ud til følge i henhold til artikel 7, stk. 1, litra a), i forordning nr. 207/2009, ikke ville foretage nogen undersøgelse af de øvrige ugyldighedsgrunde, der var blevet påberåbt af intervenienten.
- 17 Den 17. oktober 2013 indgav sagsøgeren to klager over de to afgørelser truffet af annullationsafdelingen og indgav den 10. februar 2014 sine skriftlige begrundelser herfor.
- 18 Ved to afgørelser af 2. december 2014 (herefter »de anfægtede afgørelser«) afslog Første Appellkammer ved EUIPO de to klager som ugrundede, idet de anfægtede varemærker var blevet registreret i strid med artikel 7, stk. 1, litra a), i forordning nr. 207/2009, sammenholdt med samme forordnings artikel 4. Appellkammeret begrundede disse to afgørelser ved en identisk argumentation.
- 19 Appellkammeret var af den opfattelse, at sagsøgeren ikke med rette kunne påberåbe sig, at princippet om beskyttelse af den berettigede forventning var blevet tilsidesat af annullationsafdelingen, eftersom den omstændighed, at undersøgeren havde anmodet om, at der blev indsat en beskrivelse af det nævnte varemærke, og havde accepteret eller foreslået formuleringen, ikke svarede til præcise, ubetingede og overensstemmende anvisninger, hvorpå den pågældende havde kunnet basere sin berettigede forventning. På tidspunktet for registreringen af de anfægtede varemærker var der desuden ingen fast praksis i EUIPO for registreringen af EU-varemærker, der udgjordes af farver i sig selv, og under alle omstændigheder svarede en eventuel praksis, uanset om den var almindelig, ikke til præcise, ubetingede og overensstemmende anvisninger og var ikke relevant for vurderingen af, om den grafiske gengivelse af et varemærke opfyldte kravene i artikel 4 i forordning nr. 207/2009 eller ej.

- 20 Appellkammeret var endvidere af den opfattelse, at annullationsafdelingen med rette havde lagt til grund, at de anfægtede varemærker var blevet registreret i strid med artikel 4, sammenholdt med artikel 7, stk. 1, litra a), i forordning nr. 207/2009.
- 21 Appellkammeret bemærkede for det første, at den omstændighed, at et tegn har opnået særpræg ved brug, ikke modsvarer kravene i artikel 4 i forordning nr. 207/2009. Efter appellkammerets opfattelse har denne bestemmelse til formål at fastlægge den nøjagtige genstand for den beskyttelse, som et EU-varemærke giver sin indehaver, med henblik på at forhindre, at EU-varemærkeretten omgås for at opnå en uretmæssig konkurrencefordel, og med henblik på at gøre det muligt for de kompetente myndigheder klart og præcist at kende arten af de registrerede tegn og for de erhvervsdrivende at opnå præcise oplysninger om tredjemands rettigheder, når de søger i det offentlige register hos disse myndigheder.
- 22 For det andet har appellkammeret anerkendt, at varemærker, der udgøres af farve i sig selv, kan registreres, og henvist til den retspraksis, hvorefter en beskrivelse kan være nødvendig for at opfylde kravene i artikel 4 i forordning nr. 207/2009. Når en sådan beskrivelse ledsager den grafiske gengivelse, udgør den en integrerende del af denne.
- 23 Hvad for det tredje angår kombinationer af to eller flere farver i sig selv, lagde appellkammeret i de anfægtede afgørelses punkt 45 til grund, at dom af 24. juni 2004, Heidelberg Bauchemie (C-49/02, EU:C:2004:384), havde fastslået et generelt princip vedrørende fortolkningen af artikel 4 i forordning nr. 207/2009, hvorefter kombinationerne af farver, for at kravene ifølge retspraksis om præcision og varighed er opfyldt, skal gøres til genstand for en systematisk opstilling, der forbinder de pågældende farver med hinanden på en forudbestemt og uforanderlig måde. Dette generelle princip har til formål at undgå, at en grafisk gengivelse, der muliggør mange forskellige kombinationer, forhindrer gennemsnitsforbrugeren i med vished at gentage en købsoplevelse. Appellkammeret fastslog derfor i de anfægtede afgørelses punkt 48, at den grafiske gengivelse af de anfægtede varemærker på den ene side og den beskrivelse, som de var ledsaget af (i de to varianter, der er anført ovenfor i præmis 3 og 13), på den anden side, der skulle vurderes samlet, og hvoraf fremgik en enkel sammenstilling af to farver identificeret ved koder, samt de proportioner, hvori de to farver skulle præsenteres, muliggjorde en opstilling af disse to farver i adskillige forskellige kombinationer, der gav et meget forskelligt helhedsindtryk. De anfægtede varemærker var derfor ikke tilstrækkeligt præcise og uforanderlige.
- 24 For det fjerde fastslog appellkammeret i den anfægtede afgørelse i sag T-101/15, at det ikke var nødvendigt at udtale sig om, hvorvidt den omtrentlige angivelse af farvernes proportioner ved udtrykket »ca.« var tilstrækkelig i henhold til artikel 4 i forordning nr. 207/2009, idet beskrivelsen var upræcis selv uden dette udtryk.
- 25 For det femte anførte appellkammeret i den anfægtede afgørelses punkt 50 i sag T-101/15 og i den anfægtede afgørelses punkt 49 i sag T-102/15, for så vidt som sagsøgeren hævdede, at den grafiske gengivelse af det ansøgte varemærke var tilstrækkeligt præcis, idet den viste farverne blå til venstre og sølv til højre, og at disse var sammenstillede, dvs. delt i to lige dele af en central, vertikal linje, at en udtrykkelig beskrivelse af dette skulle have ledsaget den nævnte gengivelse. Da der ikke forelå en sådan udtrykkelig beskrivelse, muliggjorde den grafiske gengivelse af de anfægtede varemærker forskellige opstillinger.
- 26 For det sjette forkastede appellkammeret sagsøgerens argumentation om, at EUIPO burde have tilladt sagsøgeren at ændre ansøgningerne om registrering af det omhandlede varemærke for at rette op på de identificerede uregelmæssigheder, henset til, at regel 9 i forordning nr. 2868/95 ikke kunne udgøre et retsgrundlag herfor.

Parternes påstande

- 27 Sagsøgeren har, støttet af sammenslutningen Marques (herefter »den intervenerende sammenslutning«), nedlagt følgende påstande:
- De anfægtede afgørelser annulleres.
 - Nærværende sager hjemvises til EUIPO med henblik på en undersøgelse i henhold til artikel 7, stk. 3, i forordning nr. 207/2009 (nu artikel 7, stk. 3, i forordning 2017/1001).
 - EUIPO og intervenienten tilpligtes at betale sagsomkostningerne.
- 28 EUIPO har nedlagt følgende påstande:
- Frifindelse.
 - Sagsøgeren tilpligtes at betale sagsomkostningerne.
- 29 Intervenienten har nedlagt følgende påstande:
- EUIPO frifindes.
 - Sagsøgeren tilpligtes at betale sagsomkostningerne, herunder omkostningerne afholdt af intervenienten.

Retlige bemærkninger

- 30 Sagsøgeren har til støtte for sine søgsmål anført to anbringender, hvoraf det første vedrører 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.

Det første anbringende vedrørende tilsidesættelse af artikel 4 og artikel 7, stk. 1, litra a), i forordning nr. 207/2009, proportionalitetsprincippet og ligebehandlingsprincippet

- 31 For det første er sagsøgeren af den opfattelse, støttet af den intervenerende sammenslutning, at de anfægtede varemærker opfylder kravene i artikel 4 i forordning nr. 207/2009, og at appelkammeret har fortolket dom af 24. juni 2004, Heidelberg Bauchemie (C-49/02, EU:C:2004:384), for strengt, således at der er sket en uforholdsmæssig og diskriminerende behandling af varemærker, der alene udgøres af farve i sig selv, i forhold til andre typer varemærker. Ifølge sagsøgeren finder dommen ikke anvendelse på registrering af varemærker som de anfægtede. Den finder alene anvendelse på ansøgninger om registrering af kombinationer af farver i sig selv, når disse omfatter en beskrivelse, der udtrykkeligt gør krav på en beskyttelse »under alle tænkelige former«, i modsætning til beskrivelsen af de anfægtede varemærker. Dernæst udelukker affattelsen på processproget, dvs. tysk, af denne doms præmis 34, der anvender udtrykket »Zusammenstellung«, alene en »tilfældig kombination« af to eller flere farver og ikke en »sammenstilling«, som udtrykt i den franske affattelse, der derimod henviser til en »præcis kombination«. Den grafiske gengivelse af de anfægtede varemærker vedrører en sådan præcis kombination og ikke en tilfældig kombination.
- 32 For det andet har appelkammeret krævet en detaljeret beskrivelse af, hvordan farverne anvendes på varerne, og dermed den brug, der skulle ske af de anfægtede varemærker, hvilket er et relevant spørgsmål med henblik på artikel 7, stk. 3, i forordning nr. 207/2009 eller denne forordnings

artikel 15 (nu artikel 18 i forordning 2017/1001), hvorimod spørgsmålet om overensstemmelsen med samme forordnings artikel 4 af registreringen af et tegn som EU-varemærke indebærer en abstrakt undersøgelse af præcisionen af en grafisk gengivelse. Desuden udgør en sådan beskrivelse ikke et lovkrav, og den ville tillægge det omhandlede tegn en egenskab af figurmærke.

- 33 For så vidt for det tredje angår den nævnte beskrivelse ville en anerkendelse af et behov for en »udtrykkelig« beskrivelse af reel brug af et varemærke, der udgøres af farve i sig selv, svare til at pålægge en yderligere betingelse for registrering af denne type varemærker, hvilket i lyset af de gældende regler eller retspraksis ikke er et lovligt krav med henblik på registrering af et EU-varemærke, som heller ikke kræves i forhold til andre typer »ikke-traditionelle varemærker« såsom tredimensionale varemærker eller lydmærker eller i forhold til de traditionelle figur- eller ordmærker, og hvilket aldrig er blevet krævet i tidligere afgørelser truffet af EUIPO eller i retspraksis. Derfor har appelkammeret ligeledes tilsidesat proportionalitetsprincippet og princippet om ligebehandling af forskellige typer af varemærker.
- 34 Det er nemlig tilstrækkeligt med henblik på registrering af et EU-varemærke, der udgøres af en kombination af farver i sig selv, at et sådant varemærke i overensstemmelse med artikel 4 i forordning nr. 207/2009 påberåbes som en sådan type varemærke, at det gengives grafisk, og at farverne identificeres ved henvisning til identifikationskoderne for internationalt anerkendte farver. Reglen om, at »det, man ser, er det, man får«, omskriver visuelt resten af de parametre, der er nødvendige med henblik på at identificere det omhandlede varemærke.
- 35 EUIPO og intervenienten har bestridt disse argumenter.
- 36 Det bemærkes indledningsvis, at de forskellige argumenter, der er fremført i forbindelse med det første anbringende, i det væsentlige kan grupperes i tre led, idet det første vedrører tilsidesættelse af artikel 4 og artikel 7, stk. 1, litra a), i forordning nr. 207/2009, det andet krænkelse af ligebehandlingsprincippet og det tredje krænkelse af proportionalitetsprincippet.

Det første led vedrørende tilsidesættelse af artikel 4 og artikel 7, stk. 1, litra a), i forordning nr. 207/2009

- 37 I henhold til artikel 4 i forordning nr. 207/2009 kan et EU-varemærke bestå af alle tegn, der kan gengives grafisk, navnlig ord, herunder personnavne, afbildninger, bogstaver, tal eller varens form eller emballage, for så vidt som disse tegn er egnede til at adskille en virksomheds varer eller tjenesteydelser fra andre virksomheders.
- 38 I overensstemmelse med artikel 7, stk. 1, litra a), i forordning nr. 207/2009 er tegn, der ikke opfylder betingelserne i forordningens artikel 4, udelukket fra registrering.
- 39 Det fremgår af retspraksis, at farver eller farvekombinationer skal opfylde tre betingelser for at udgøre et EU-varemærke som omhandlet i artikel 4 i forordning nr. 207/2009. For det første skal de udgøre et tegn. For det andet skal dette tegn kunne gengives grafisk. For det tredje skal dette tegn være egnet til at adskille en virksomheds varer eller tjenesteydelser fra andre virksomheders (jf. analogt dom af 24.6.2004, Heidelberg Bauchemie, C-49/02, EU:C:2004:384, præmis 22 og den deri nævnte retspraksis).
- 40 Som Domstolen allerede har fastslået, er farver blot en egenskab ved ting. Selv på handelsområdet anvendes farver og farvekombinationer normalt, fordi de er kønne eller dekorative, uden at de formidler noget særligt betydningsindhold. Det kan imidlertid ikke udelukkes, at farver eller farvekombinationer i forbindelse med en vare eller en tjenesteydelse kan udgøre et tegn (jf. dom af 24.6.2004, Heidelberg Bauchemie, C-49/02, EU:C:2004:384, præmis 23 og den deri nævnte retspraksis).

- 41 Det skal med henblik på anvendelsen af artikel 4 i forordning nr. 207/2009 godtgøres, at de farver eller farvekombinationer, der søges registreret, faktisk fremtræder som et tegn i den sammenhæng, hvori de anvendes. Formålet med dette krav er navnlig at forhindre, at varemærkeretten misbruges for at opnå en uretmæssig konkurrencemæssig fordel (jf. analogt dom af 24.6.2004, Heidelberger Bauchemie, C-49/02, EU:C:2004:384, præmis 24).
- 42 For så vidt angår kravet om, at et tegn skal kunne gengives grafisk som omhandlet i artikel 4 i forordning nr. 207/2009, fremgår det af retspraksis, at en grafisk gengivelse skal gøre det muligt at gengive tegnet visuelt, særligt ved brug af figurer, linjer eller skrifttegn, således at det kan identificeres præcist (jf. analogt dom af 12.12.2002, Sieckmann, C-273/00, EU:C:2002:748, præmis 46).
- 43 For at opfylde sin funktion skal en grafisk gengivelse som omhandlet i artikel 4 i forordning nr. 207/2009 desuden være klar og præcis, kunne stå alene, være let tilgængelig, forståelig, bestandig og objektiv (jf. analogt dom af 12.12.2002, Sieckmann, C-273/00, EU:C:2002:748, præmis 47-55).
- 44 Denne fortolkning er nødvendig for, at systemet med registrering af EU-varemærker kan fungere. Kravet om grafisk gengivelse har navnlig til formål at afgrænse selve varemærket for dermed at fastlægge den nøjagtige genstand for den beskyttelse, det registrerede varemærke giver indehaveren. Registreringen af varemærket i et offentligt register har nemlig til formål at gøre varemærket tilgængeligt for de relevante myndigheder og offentligheden, særligt for de erhvervsdrivende. Dels skal de relevante myndigheder klart og præcist kende udformningen af de tegn, som udgør et varemærke, så de kan opfylde deres forpligtelser angående den foreløbige undersøgelse af registreringsansøgninger samt vedrørende offentliggørelse og førelse af et præcist og formålstjenligt varemærkeregister. Dels skal de erhvervsdrivende klart og præcist kunne gøre sig bekendt med aktuelle og potentielle konkurrenters registrering af varemærker og disses ansøgninger herom, således at de kan få relevante oplysninger om tredjemands rettigheder (jf. analogt dom af 24.6.2004, Heidelberger Bauchemie, C-49/02, EU:C:2004:384, præmis 26-30).
- 45 For at tegnet under disse omstændigheder kan udfylde sin rolle som et registreret EU-varemærke, skal opfattelsen af det endvidere være præcis og uforanderlig, således af varemærkets funktion som angivelse af oprindelse varetages (jf. dom af 24.6.2004, Heidelberger Bauchemie, C-49/02, EU:C:2004:384, præmis 31 og 32).
- 46 For så vidt angår varemærker, der udgøres af en farve i sig selv, har Domstolen fastslået, at en farveprøve ikke i sig selv udgør en grafisk gengivelse som omhandlet i artikel 4 i forordning nr. 207/2009. Derimod udgør en beskrivelse med ord af en farve, for så vidt som den er udformet af ord, der er sammensat af skrifttegn, en grafisk gengivelse af farven, når de betingelser, der er nævnt ovenfor i præmis 44 og 45, er opfyldt (jf. analogt dom af 6.5.2003, Libertel, C-104/01, EU:C:2003:244, præmis 33-35).
- 47 For så vidt angår varemærker, der udgøres af en kombination af to eller flere farver i sig selv, har Domstolen præciseret, at en grafisk gengivelse af to eller flere farver, der er angivet abstrakt og uden kontur, for at opfylde de betingelser, der er nævnt ovenfor i præmis 44 og 45, skal indeholde en systematisk opstilling, der forbinder de pågældende farver med hinanden på en forudbestemt og uforanderlig måde. 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«, er ikke af en sådan præcis og uforanderlig karakter, som kræves efter artikel 4 i forordning nr. 207/2009. Sådanne præsentationer ville 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 købs erfaring, ligesom sådanne præsentationer heller ikke giver de kompetente myndigheder og de erhvervsdrivende mulighed for at fastslå rækkevidden af varemærkeindehaverens beskyttede rettigheder (jf. analogt dom af 24.6.2004, Heidelberger Bauchemie, C-49/02, EU:C:2004:384, præmis 33-35).

- 48 Det er på grundlag af disse betragtninger, at det skal undersøges, om de anfægtede afgørelser er behæftet med fejlskøn.
- 49 I den foreliggende sag stadfæstede appelkammeret i den anfægtede afgørelses punkt 53 i sag T-101/15 og i den anfægtede afgørelses punkt 52 i sag T-102/15 annullationsafdelingens afgørelser og erklærede de anfægtede varemærker ugyldige på grundlag af artikel 4 og artikel 7, stk. 1, litra a), i forordning nr. 207/2009, idet de ikke kunne anses for at være tilstrækkeligt præcise. Appelkammeret støttede sin konklusion på en samlet analyse af den grafiske gengivelse og den beskrivelse, der var vedlagt hvert af de anfægtede varemærker. Eftersom beskrivelsen, bortset fra angivelsen af de to farver, begrænsede sig til at angive en vis proportion mellem disse farver, lagde appelkammeret til grund, at den blotte angivelse af denne proportion gav mulighed for opstilling af de to farver i mange forskellige kombinationer og derfor ikke forbandt farverne på en forudbestemt og uforanderlig måde som krævet efter artikel 4 i forordning nr. 207/2009 og fortolket i dom af 24. juni 2004, Heidelberg Bauchemie (C-49/02, EU:C:2004:384).
- 50 Sagsøgeren har for det første i det væsentlige gjort gældende, støttet af den intervenerende sammenslutning, at appelkammerets fortolkning af dom af 24. juni 2004, Heidelberg Bauchemie (C-49/02, EU:C:2004:384), og måden, hvorpå det anvendte denne dom i det foreliggende tilfælde, er fejlagtige.
- 51 Sagsøgeren er nærmere bestemt af den opfattelse, at dom af 24. juni 2004, Heidelberg Bauchemie (C-49/02, EU:C:2004:384), alene finder anvendelse på en grafisk gengivelse, der består af en enkel, tilfældig og ubestemt »kombination« af farver, og ikke omhandler et tilfælde af en sammenstilling af farver, idet denne ikke udgør en enkel »kombination« som omhandlet i den nævnte dom. Desuden omhandler den pågældende dom i det væsentlige spørgsmålet om påberåbelse af en beskyttelse af to farver »på enhver tænkelig måde«. Således bør ordet »eller« i præmis 34 i dom af 24. juni 2004, Heidelberg Bauchemie (C-49/02, EU:C:2004:384), undersøges i lyset af udtrykket »på enhver tænkelig måde«. Det følger heraf, at en sammenstilling af to farver, den ene ved siden af den anden, sammen med en passende angivelse af forholdet mellem disse, udtrykt i procent, ikke indebærer, at en grafisk gengivelse ikke er præcis og klar, medmindre disse parametre er i klar modstrid med den beskrivelse, der blev indleveret samtidigt. De to elementer skal derfor vurderes samlet. De anfægtede varemærker består ikke af en enkel kombination af farver, og der søges ikke med ansøgningen om registrering af dem beskyttelse »på enhver tænkelig måde«. Den nævnte dom bør derfor ikke finde anvendelse i den foreliggende sag.
- 52 Ifølge den intervenerende sammenslutning finder dom af 24. juni 2004, Heidelberg Bauchemie (C-49/02, EU:C:2004:384), anvendelse på to typer grafiske gengivelser: dels tegn, der består af en enkel sammenstilling (fortolkes som »enkel kombination«) af to eller flere farver uden form eller kontur, dels tegn, der består af to eller flere farver, der er fastlagt som gengivet »på enhver tænkelig måde«. Den nævnte doms præmis 34 omhandler således to forskellige situationer, og de anfægtede varemærker henhører ikke under nogen af dem.
- 53 Sagsøgerens og den intervenerende sammenslutnings argumentation for så vidt angår rækkevidden af dom af 24. juni 2004, Heidelberg Bauchemie (C-49/02, EU:C:2004:384), skal forkastes, idet den udgør en fejlagtig fortolkning af den nævnte dom.
- 54 Præmis 33-35 i dom af 24. juni 2004, Heidelberg Bauchemie (C-49/02, EU:C:2004:384), der er nævnt ovenfor i præmis 47, skal nemlig forstås samlet og i lyset af de principper, der fremgår af den pågældende doms præmis 24 og 26-30, således som anført ovenfor i præmis 41 og 44.
- 55 Det følger af en sådan forståelse, at med henblik på præcist at bestemme genstanden for den beskyttelse, som et EU-varemærke, der udgøres af en kombination af farver i sig selv, giver, skal disse farver gengives i en specifik opstilling eller et specifikt skema, der forbinder farverne på en forudbestemt og uforanderlig måde, med henblik på at undgå mange forskellige kombinationer af

disse, der ikke gør det muligt for forbrugeren at gøre sig bekendt med og huske en bestemt kombination, således som Domstolen har præciseret i præmis 35 i dom af 24. juni 2004, Heidelberg Bauchemie (C-49/02, EU:C:2004:384).

- 56 En sådan betingelse er for det første i overensstemmelse med behovet for, at varemærket kan opfylde sin funktion som oprindelsesangivelse, idet forbrugeren opfatter og genkender varemærket, når det påføres varerne, under hensyn til den omstændighed, at farverne normalt er en enkel egenskab ved tingene og generelt anvendes af hensyn til deres tiltrækningskraft eller dekorative egenskaber uden nogen reel betydning, for det andet i overensstemmelse med kravet om retssikkerhed på den måde, at den pågældende betingelse gør det muligt for de kompetente myndigheder og erhvervsdrivende klart og præcist at gøre sig bekendt med karakteren af de tegn, der udgør et varemærke og tredjemands rettigheder, og for det tredje i overensstemmelse med kravet om at undgå en uretmæssig begrænsning af rådigheden over farver i handelspraksis ved at skabe monopoler til fordel for en enkelt virksomhed.
- 57 Det er derfor nødvendigt at undersøge, om de anfægtede varemærker muliggør mange forskellige kombinationer af de to omhandlede farver, jf. præmis 35 i dom af 24. juni 2004, Heidelberg Bauchemie (C-49/02, EU:C:2004:384).
- 58 Den grafiske gengivelse af de anfægtede varemærker består af en vertikal sammenstilling af de to farver blå og sølv i forholdet 50%-50%. Denne grafiske gengivelse er vedlagt en forskellig beskrivelse i de to tilfælde. Den, der vedrører det første anfægtede varemærke, og som er genstand for sag T-101/15, identificerer de to farver ved henvisning til identifikationskoden for internationalt anerkendte farver »RAL« og præciserer, at deres proportioner er »ca. 50%-50%«. Den, der vedrører det andet anfægtede varemærke, og som er genstand for sag T-102/15, identificerer de to farver ved henvisning til identifikationskoden for internationalt anerkendte farver »Pantone« og præciserer, at farverne »anvendes i lige dele og sammenstillet«.
- 59 Det skal for det første lægges til grund, at appelkammeret med rette konstaterede, at den grafiske gengivelse af de anfægtede varemærker udgør en enkel sammenstilling af to farver uden form eller kontur, der tillader mange forskellige kombinationer af de to farver.
- 60 For det andet skal det lægges til grund, at appelkammeret ligeledes med rette fastslog, at den beskrivelse, der ledsager den grafiske gengivelse af hvert af de anfægtede varemærker, ikke bibringer nogen yderligere præcisering af den systematiske opstilling, der forbinder farverne på en forudbestemt og uforanderlig måde, og derved forhindrer mange forskellige kombinationer af disse farver, hvilket er et krav ifølge dom af 24. juni 2004, Heidelberg Bauchemie (C-49/02, EU:C:2004:384).
- 61 Der er ikke rejst tvivl om disse konklusioner ved de forskellige argumenter, som sagsøgeren har anført, støttet af den intervenerende sammenslutning.
- 62 For det første skal sagsøgerens og den intervenerende sammenslutnings argumenter vedrørende fortolkningen af udtrykket »Zusammenstellung« i de forskellige sproglige affattelser af præmis 34 i dom af 24. juni 2004, Heidelberg Bauchemie (C-49/02, EU:C:2004:384), forkastes som irrelevante, henset til, at udtrykket »sammenstilling«, selv om det ikke henviser til en hvilken som helst og vilkårlig kombination, således som anført af sagsøgeren og den intervenerende sammenslutning, heller ikke nødvendigvis udgør en systematisk opstilling som omhandlet i præmis 33 i dom af 24. juni 2004, Heidelberg Bauchemie (C-49/02, EU:C:2004:384). Selv om sammenstillingen nemlig angiver en direkte sammenføring af to eller flere farver placeret ved siden af hinanden, kan denne sammenføring forekomme i flere forskellige opstillinger. Den nævnte sammenstilling kan således tage forskellige former, der giver anledning til forskellige billeder eller skemaer, som alle overholder »proportionerne på ca. 50%-50%« eller de »lige dele«.

- 63 Angivelsen af proportionerne i beskrivelsen af de anfægtede varemærker tilføjer alene oplysninger om, at de to farver, uanset hvilken form sammenstillingen forekommer i, dækker hver halvdelen. Det følger heraf, at den fortolkning af dom af 24. juni 2004, Heidelbergger Bauchemie (C-49/02, EU:C:2004:384), som sagsøgeren har foretrukket, støttet af den intervenerende sammenslutning, hvorefter en præcisering af proportionerne eller af forholdet mellem de forskellige farver er tilstrækkeligt til at opfylde kravet om en systematisk opstilling som anført i den nævnte dom, ligeledes skal forkastes.
- 64 Opstillingen af to farver er nemlig ikke nødvendigvis forudbestemt og uforanderlig, ikke alene på grund af de forskellige proportioner mellem disse farver, men også på grund af de pågældende farvers forskellige position i forhold til hinanden i de samme proportioner.
- 65 Hvad for det andet angår den intervenerende sammenslutnings argument, hvorefter den vertikale sammenstilling af de to farvestriber, blå til venstre og sølv til højre i næsten identiske proportioner, udgør den eneste systematiske opstilling, der forbinder farverne på en forudbestemt og uforanderlig måde, skal dette forkastes. Det er nemlig blevet påvist ovenfor i præmis 54-60, at den grafiske gengivelse i det foreliggende tilfælde af to sammenstillede farver ledsaget af en angivelse i procent af forholdet mellem disse er utilstrækkelig med hensyn til bestemmelsen af deres systematiske opstilling. Det må endvidere konstateres, at sagsøgeren sammen med sine registreringsansøgninger, der blev indgivet på grundlag af det særpræg, der var opnået ved brug af de anfægtede 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.
- 66 Sagsøgeren er selv af den opfattelse, at de anfægtede varemærker, der per se er farvemærker, som er defineret abstrakt, giver en beskyttelse, der omfatter forskellige opstillinger af farverne blå og sølv og ikke kun den opstilling, der udgøres af to ensartede vertikale striber, hvor den ene, til venstre, er blå, og den anden, til højre, er sølvfarvet, således som anført af den intervenerende sammenslutning. Sagsøgeren har dermed anerkendt, at den grafiske gengivelse af de anfægtede varemærker, således som den er registreret, tillader en flerhed af gengivelser, der ikke er forudbestemte eller uforanderlige.
- 67 Netop et sådant resultat søges forhindret ved dom af 24. juni 2004, Heidelbergger Bauchemie (C-49/02, EU:C:2004:384), for så vidt som det er uforeneligt med det formål med artikel 4 i forordning nr. 207/2009, som er anført ovenfor i præmis 41 og 44, og som består i at sikre varemærkets funktion og forbrugernes mulighed for at gøre sig bekendt med, genkende og huske et varemærke, hvilket indebærer, at dette visuelt skal fremstå, som det er registreret.
- 68 Hvis det for det tredje ville være tilstrækkeligt som anført af den intervenerende sammenslutning at anvende reglen om, at »det, man ser, er det, man får«, med henblik på at garantere de egenskaber vedrørende præcision og uforanderlighed, der kræves efter artikel 4 i forordning nr. 207/2009, må det konkluderes, at den vertikale sammenstilling af to ensartede striber, den ene, til venstre, blå og den anden, til højre, sølvfarvet, udgør den eneste opstilling, der er genstand for den beskyttelse, som registreringen af de anfægtede varemærker giver. Dette kan imidlertid ikke være tilfældet, som det fremgår ovenfor af præmis 65.
- 69 Det er derimod netop anvendelsen af denne regel, der indebærer, at den grafiske gengivelse, som den blev indgivet, og som den fremstår (»det, man ser«), er den eneste, der er genstand for den beskyttelse, som de anfægtede varemærker giver (»det, man får«). I denne forbindelse bidrager dom af 24. juni 2004, Heidelbergger Bauchemie (C-49/02, EU:C:2004:384), til at præcisere de praktiske konsekvenser, der skal drages af denne regel, for så vidt angår betingelserne for registrering af varemærker, der udgøres af farve i sig selv.
- 70 For det fjerde benægter appelkammeret ikke med anvendelsen i det foreliggende tilfælde af dom af 24. juni 2004, Heidelbergger Bauchemie (C-49/02, EU:C:2004:384), i modsætning til, hvad sagsøgeren og den intervenerende sammenslutning har gjort gældende, at denne type varemærker eksisterer og kan registreres, hvilket ville være i strid med artikel 4 i forordning nr. 207/2009, som ændret ved

Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EU) 2015/2424 af 16. december 2015 om ændring af forordning nr. 207/2009 og forordning nr. 2868/95 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), hvorefter et EU-varemærke kan bestå af alle tegn, navnlig ord, herunder personnavne, eller afbildninger, bogstaver, tal, farver, varens eller emballagens form eller lyde, for så vidt som disse tegn er egnede til dels at adskille en virksomheds varer eller tjenesteydelser fra andre virksomheders, dels at blive gengivet i registret over EU-varemærker på en måde, der gør det muligt for de kompetente myndigheder og offentligheden at fastslå den klare og præcise genstand for den beskyttelse, som dets indehaver indrømmes. Denne forordning skal imidlertid først anvendes fra den 1. oktober 2017.

- 71 Det er med henblik herpå tilstrækkeligt for indehaveren af varemærket at indgive en grafisk gengivelse af varemærket, der svarer præcist til genstanden for den beskyttelse, han ønsker at opnå. Han må derimod ikke indgive en grafisk gengivelse i forventning om at opnå en større beskyttelse end den, som den nævnte gengivelse giver, eller som ikke tilkommer ham, hvilket ville være i strid med reglen om, at »det, man ser, er det, man får«.
- 72 For det femte har sagsøgeren med støtte i en ekspertudtalelse anerkendt, at et gyldigt formål med beskrivelsen af et tegn i praksis er at sikre en ensartet gengivelse af varemærket, med forbehold af eventuelle, men uundgåelige »mindre forskelle« i forbindelse med gengivelsen af tegnet i kommercielt øjemed. Det skal ikke desto mindre i det foreliggende tilfælde konstateres, at forskellene mellem de anfægtede varemærker som gengivet og beskrevet og måden, hvorpå de er gengivet, ikke er af ubetydelig karakter, idet sammenstillingen af de to ens vertikale striber, den ene, til venstre, blå og den anden, til højre, sølvfarvet, ikke på nogen måde er gengivet på sagsøgerens varer.
- 73 For det sjette er det sagsøgerens og den intervenerende sammenslutnings opfattelse, at et krav om en beskrivelse af den systematiske opstilling af de farver, der er genstand for et varemærke, der udgøres af en kombination af farver, i det væsentlige indebærer, at forskellen mellem varemærker, der udgøres af farve i sig selv, og figurmærker ophæves.
- 74 Denne opfattelse kan ikke tages til følge. Selv om gengivelsen eller beskrivelsen af den præcise opstilling af farverne bidrager til en tilnærmelse mellem et varemærke, der udgøres af farve i sig selv, og et figurmærke, forbliver den beskyttelse, som de to kategorier af varemærker giver, nemlig forskellig.
- 75 Desuden kan et varemærke, der udgøres af farve i sig selv, således som intervenienten med rette har anført, anbringes uden omrids på hele den omfattede vares overflade, uafhængigt af dennes form eller emballage, hvilket ikke er tilfældet med figurmærker (jf. i denne retning dom af 28.1.2015, Enercon mod KHIM (Fem nuancer af farven grøn), T-655/13, ikke trykt i Sml., EU:T:2015:49, præmis 16). En virksomhed bevarer således altid en interesse i at registrere et farvemærke under hensyn til den større beskyttelse, som denne type varemærker giver, i forhold til den, som et figurmærke giver.
- 76 Endvidere har sagsøgeren for det første gjort gældende, at forpligtelsen til at fremlægge en udtrykkelig beskrivelse, således som anført af appelkammeret i den anfægtede afgørelses punkt 50 i sag T-101/15 og i den anfægtede afgørelses punkt 49 i sag T-102/15, hverken fremgår af gældende lovgivning eller retspraksis, for det andet, at det aldrig i retspraksis er blevet fastslået, at denne beskrivelse skal omhandle den faktiske brug, der vil blive gjort af det omhandlede varemærke, og for det tredje, at et sådant krav, der kun anvendes i forhold til varemærker, der udgøres af farve i sig selv, medfører tilsidesættelse af ligebehandlingsprincippet. Appelkammeret har derved skabt en yderligere betingelse, der kun gælder for registrering af varemærker, der udgøres af farve i sig selv, og som ikke fremgår af artikel 4 i forordning nr. 207/2009.

- 77 Det skal indledningsvis præciseres, at appelkammeret ikke i de anfægtede afgørelser har fastslået, at der foreligger en forpligtelse til at fremlægge en udtrykkelig beskrivelse af det ansøgte varemærke. Appelkammeret har blot anført, at det »i det foreliggende tilfælde« var nødvendigt med en udtrykkelig beskrivelse.
- 78 For så vidt angår spørgsmålet om, hvorvidt appelkammeret med rette kunne lægge til grund, at det i det foreliggende tilfælde var nødvendigt med en udtrykkelig beskrivelse af de anfægtede varemærker, skal det for det første bemærkes, at regel 3, stk. 3, i forordning nr. 2868/95 fastsætter, at registreringsansøgninger »kan indeholde en beskrivelse af varemærket«.
- 79 Således som appelkammeret med rette har anført i de anfægtede afgørelses punkt 48, skal en beskrivelse, når den foreligger i registreringsansøgningen, undersøges sammen med den grafiske gengivelse.
- 80 Desuden fremgår det af dom af 6. maj 2003, Libertel (C-104/01, EU:C:2003:244), således som appelkammeret med rette påpegede i de anfægtede afgørelses punkt 43, at det kan være nødvendigt med en beskrivelse af et tegn for at opfylde kravene i artikel 4 i forordning nr. 207/2009.
- 81 Dette er navnlig tilfældet, når den systematiske opstilling, der forbinder farverne på en forudbestemt og uforanderlig måde, ikke fremgår af den grafiske gengivelse, og denne gengivelse derfor ikke gør det muligt at definere genstanden for beskyttelsen klart, således som anført ovenfor i præmis 59.
- 82 Det er derfor med rette, at appelkammeret i den anfægtede afgørelses punkt 50 i sag T-101/15 og i den anfægtede afgørelses punkt 49 i sag T-102/15 lagde til grund, at det i det foreliggende tilfælde havde været nødvendigt at fremlægge en udtrykkelig beskrivelse af den systematiske opstilling, der forbandt farverne på en forudbestemt og uforanderlig måde.
- 83 For det andet skal sagsøgerens kritik, hvorefter appelkammeret krævede, at beskrivelsen skulle vedrøre den faktiske brug af det omhandlede varemærke, ligeledes forkastes.
- 84 Selv om de anfægtede afgørelses punkt 48 henviser til »udstrækningen« af den beskyttelse, som et tegn giver – et begreb, der almindeligvis undersøges i forbindelse med vurderingen af brug, der er relevant i henhold til artikel 7, stk. 3, eller artikel 15 i forordning nr. 207/2009 – skal dette udtryk, som det er anvendt i de anfægtede afgørelser, i den foreliggende sag forstås som en henvisning til »genstanden« for den beskyttelse, som et EU-varemærke giver, hvilket EUIPO har bekræftet i retsmødet.
- 85 Kravet om, at et varemærke, der består af en kombination af to eller flere farver, skal udgøre en systematisk opstilling, der forbinder farverne på en forudbestemt og uforanderlig måde, svarer ikke til at kræve, at den faktiske brug af det ansøgte varemærke defineres. Et sådant varemærkes abstrakte karakter og farvernes iboende begrænsede evne til at bibringe nogen som helst form for præcis betydning og dermed angive en vares eller tjenesteydelses handelsmæssige oprindelse kræver imidlertid, at genstanden for den beskyttelse, som det omhandlede varemærke giver, defineres med en passende grad af præcision. Varemærker, der udgøres af farve i sig selv, adskiller sig således fra andre typer varemærker, der efter deres art er mere præcise og i højere grad bibringer en betydning. Under hensyn til arten af og de iboende kendetegn ved varemærker, der udgøres af farve i sig selv, kan kravet om, at genstanden for den beskyttelse, som sådanne varemærker giver, skal defineres med en passende grad af præcision, derfor ikke udgøre en tilsidesættelse af lighedsprincippet.
- 86 Hvad for det tredje angår den angivelige tilsidesættelse af ligebehandlingsprincippet skal det tilføjes, at varemærker, der udgøres af farve i sig selv, hverken er begrænset i rum eller form i modsætning til tredimensionale varemærker eller ved konturer i modsætning til figurmærkerne, og de opfattes visuelt og ikke ved en lyd eller ved bogstaver som lyd- eller ordmærker.

- 87 I en sammensætning af farver er den eneste mulige placering i et område uden konturer en sammenstilling i forskellige opstillinger. De eneste præciseringer, der kan tilføjes, er således de berørte farvers særlige nuancer og de proportioner, hvori de forekommer i forhold til hinanden. En sådan gengivelse har den konsekvens, at varemærkets beskyttelsesområde bliver for vidtfavnende, hvilket forenes dårligt med kravet om rådighed over farverne, og at den systematiske opstilling, der forbinder farverne på en forudbestemt og uforanderlig måde, derfor skal præciseres på tidspunktet for indgivelsen af registreringsansøgningen.
- 88 Således som appelkammeret endvidere med rette anførte i den anfægtede afgørelses punkt 51 i sag T-101/15 og i den anfægtede afgørelses punkt 50 i sag T-102/15, fremgår det af dom af 12. december 2002, Sieckmann (C-273/00, EU:C:2002:748), at kravet om, at et tegn skal være klart, præcist, fuldstændigt i sig selv, let tilgængeligt, forståeligt, varigt og objektivt, skal vurderes konkret for hver varemærkekategori i forhold til dets art og iboende kendetegn.
- 89 Det følger af det ovenstående, at appelkammeret ikke begik nogen retlig fejl, da det i den anfægtede afgørelses punkt 48, 49 og 51 i sag T-101/15 og i den anfægtede afgørelses punkt 48 og 50 i sag T-102/15 lagde til grund, at den eneste angivelse af proportionerne mellem de to farver blå og sølv tillod en opstilling af disse farver i mange forskellige kombinationer og således ikke udgjorde en systematisk opstilling, der forbandt farverne på en forudbestemt og uforanderlig måde, hvorved der blev skabt forskellige helhedsindtryk, der forhindrede forbrugerne i med vished at gentage en købs erfaring. Appelkammeret konkluderede derfor med rette, at den grafiske gengivelse, der er fremlagt i nærværende sag, sammen med en beskrivelse, der alene angiver proportionerne mellem de to farver, ikke kunne anses for at være tilstrækkeligt præcis, og at det anfægtede varemærke var blevet registreret i strid med artikel 7, stk. 1, litra a), i forordning nr. 207/2009.
- 90 I øvrigt gælder denne konklusion for begge de anfægtede varemærker, således som appelkammeret med rette anførte i den anfægtede afgørelses punkt 49 i sag T-101/15. Udtrykket »ca.« i beskrivelsen af det første anfægtede varemærke underbygger kun den grafiske gengivelses upræcise karakter, der er identisk for de to anfægtede varemærker, og som tillader forskellige opstillinger af de to omhandlede farver, idet den er ledsaget af en beskrivelse, som ikke bibringer præciseringer, der gør det muligt at antage, at der kun er én enkelt opstilling, der forbinder farverne på en forudbestemt og uforanderlig måde.
- 91 Det første anbringendes første led skal derfor forkastes i sin helhed.

Det andet led vedrørende tilsidesættelse af ligebehandlingsprincippet

- 92 Det præciseres indledningsvis, at sagsøgeren ikke udtrykkeligt i stævningen har anført, at ligebehandlingsprincippet er blevet tilsidesat, men kun i replikken ved henvisning til de argumenter, der er fremført i ekspertudtalelsen, samt i forbindelse med bemærkningerne til den intervenerende sammenslutnings interventionsindlæg i punkterne vedrørende proportionalitetsprincippet.
- 93 Den udtrykkelige henvisning til ligebehandlingsprincippet i replikken er imidlertid i det væsentlige kun en formalisering af det klagepunkt, der allerede var blevet påberåbt i stævningen.
- 94 Sagsøgeren har i den foreliggende sag bl.a. gjort gældende, at behovet for på tidspunktet for indgivelsen af registreringsansøgningen at beskrive den måde, hvorpå varemærket faktisk påføres de omhandlede varer eller tjenesteydelser, ikke eksisterer for andre varemærke kategorier såsom tredimensionale varemærker, lydmærker eller ordmærker. Dette krav ville desuden indebære en anderledes behandling af de anfægtede varemærker i forhold til EUIPO's tidligere praksis og Rettens praksis på området for varemærker, der udgøres af farve i sig selv.

- 95 Ligebehandlingsprincippet i EU-retten indebærer, at sammenlignelige situationer behandles ens. Det fremgår af retspraksis, at forskelsbehandling kun kan opstå ved, at der på sammenlignelige situationer anvendes forskellige bestemmelser, eller at den samme bestemmelse anvendes på forskellige situationer (jf. dom af 10.5.2012, Kommissionen mod Estland, C-39/10, EU:C:2012:282, præmis 48 og den deri nævnte retspraksis).
- 96 Hvad for det første angår sammenligningen med andre varemærketyper, således som vurderet ovenfor i præmis 85-88, følger det af varemærkets art, når dette udgøres af en kombination af farver i sig selv uden konturer eller form, at for at den præcise genstand for beskyttelsen er klar og forståelig for forbrugerne og de erhvervsdrivende, hvorved varemærket opfylder sin væsentligste funktion som oprindelsesbetegnelse ved ikke at give uforholdsmæssige konkurrencefordele, skal dets grafiske gengivelse eller den medfølgende beskrivelse vise de præcise omhandlede farvenuancer, proportioner og rumlige opstilling. Denne grad af præcisering kræves, fordi varemærker, der udgøres af farve i sig selv, har en iboende mindre præcis karakter, hvilket adskiller dem fra andre typer varemærker. Det er derfor berettiget at behandle dem anderledes i lyset af den retspraksis, der er anført ovenfor i præmis 95.
- 97 Hvad for det andet angår sammenligningen med EUIPO's tidligere praksis vedrørende varemærker, der udgøres af farve i sig selv, er det tilstrækkeligt at bemærke, at de afgørelser, som appelkamrene skal træffe i henhold til forordning nr. 207/2009 vedrørende registrering af et tegn som EU-varemærke, træffes i henhold til udøvelsen af en bunden kompetence og ikke på grundlag af en skønsomæssig beføjelse. Lovligheden af appelkamrenes afgørelser skal derfor udelukkende bedømmes på grundlag af denne forordning, således som den fortolkes af Unionens retsinstanser, og ikke på grundlag af appelkamrenes tidligere afgørelsespraksis (dom af 15.9.2005, BioID mod KHIM, C-37/03 P, EU:C:2005:547, præmis 47).
- 98 Med hensyn til ligebehandlingsprincippet og princippet om god forvaltningsskik er det ganske vist blevet fastslået, at EUIPO i forbindelse med behandlingen af en EU-varemærkeansøgning skal tage hensyn til allerede truffne afgørelser vedrørende lignende ansøgninger og særligt overveje, hvorvidt der i den foreliggende situation skal træffes samme afgørelse (dom af 10.3.2011, Agencja Wydawnicza Technopol mod KHIM, C-51/10 P, EU:C:2011:139, præmis 74).
- 99 Ikke desto mindre skal disse principper forliges med legalitetsprincippet. En person, der ansøger om EU-varemærkeregistrering af et tegn, kan følgelig ikke til egen fordel påberåbe sig en ulovlighed, der er begået til fordel for andre, med henblik på at opnå identisk afgørelse (dom af 10.3.2011, Agencja Wydawnicza Technopol mod KHIM, C-51/10 P, EU:C:2011:139, præmis 75 og 76).
- 100 Sagsøgeren har for det første i det foreliggende tilfælde støttet sig på EUIPO's retningslinjer, hvori anføres: »[N]år der ansøges om en kombination af farver i sig selv, skal den grafiske gengivelse, der indgives, afgrænse disse farver, således at rækkevidden af den ansøgte rettighed kan bestemmes (what you see is what you get – det, man ser, er det, man får). Den grafiske gengivelse skal klart angive forholdet og positionen mellem de forskellige farver og derfor indeholde en systematisk opstilling, der forbinder de omfattede farver på en forudbestemt og uforanderlig måde.« Sagsøgeren har deraf udledt, at EUIPO's praksis fastsætter en analyse af ansøgningerne om registrering af varemærker, der udgøres af farve i sig selv, på grundlag af reglen om, at »det man ser, er det, man får«.
- 101 Der kan med hensyn hertil i det foreliggende tilfælde ikke påberåbes en tilsidesættelse af denne praksis. Det fremgår nemlig af præmis 69 ovenfor, at kravet om en systematisk opstilling som beskrevet i dom af 24. juni 2004, Heidelberg Bauchemie (C-49/02, EU:C:2004:384), ikke er i strid med den nævnte regel. Det skal tværtimod konstateres, at et sådant krav fremgår direkte af ordlyden af det punkt i EUIPO's retningslinjer, der er blevet påberåbt af sagsøgeren.

- 102 For det andet har sagsøgeren anført EUIPO's praksis efter dom af 24. juni 2004, Heidelberg Bauchemie (C-49/02, EU:C:2004:384), hvoraf fremgår, at EUIPO på grundlag af reglen om, at »det, man ser, er det, man får«, har antaget EU-varemærkeansøgninger, der udgøres af kombinationer af farver i sig selv, og som ligner de anfægtede varemærker, og har godkendt disse ansøgninger ved visse afgørelser truffet af appelkamrene.
- 103 Sagsøgeren kan med hensyn hertil som anført ovenfor i præmis 99 ikke til egen fordel påberåbe sig, at der er begået en eventuel ulovlighed til fordel for en anden (jf. ligeledes i denne retning dom af 22.3.2017, Intercontinental Exchange Holdings mod EUIPO (BRENT INDEX), T-430/16, ikke trykt i Sml., EU:T:2017:198, præmis 45 og den deri nævnte retspraksis).
- 104 For det tredje har sagsøgeren gjort gældende, at Retten ikke på noget tidspunkt har fastslået, at det er nødvendigt i registreringsansøgningen at angive den nøjagtige opstilling af farverne, således som de påføres varerne. Sagsøgeren har bl.a. støttet sig til dom af 28. oktober 2009, BCS mod KHIM – Deere (Kombination af farverne grøn og gul) (T-137/08, EU:T:2009:417), af 12. november 2010, Deutsche Bahn mod KHIM (Horisontal kombination af farverne grå og rød) (T-404/09, ikke trykt i Sml., EU:T:2010:466), af 12. november 2010, Deutsche Bahn mod KHIM (Vertikal kombination af farverne grå og rød) (T-405/09, ikke trykt i Sml., EU:T:2010:467), og af 28. januar 2015, Fem nuancer af farven grøn (T-655/13, ikke trykt i Sml., EU:T:2015:49).
- 105 I denne henseende må det blot konstateres, at de påberåbte domme ikke vedrørte en tilsidesættelse af artikel 4 og artikel 7, stk. 1, litra a), i forordning nr. 207/2009, hvorfor Retten ikke var forpligtet til at udtale sig om kravet om klarhed og præcisering af de omhandlede tegn.
- 106 På baggrund af det anførte skal det første anbringendes andet led forkastes.

Det tredje led om tilsidesættelse af proportionalitetsprincippet

- 107 For så vidt angår det første anbringendes tredje led bemærkes, at sagsøgeren heller ikke udtrykkeligt har påberåbt sig en tilsidesættelse af proportionalitetsprincippet i stævningen, men at denne har henvist til dette princip første gang i replikken. I modsætning til, hvad EUIPO har anført, skal det første anbringendes tredje led antages til realitetsbehandling. For så vidt angår et klagepunkt, der første gang fremføres i replikken, bemærkes, at det nemlig fremgår af artikel 76, litra d), sammenholdt med artikel 84, stk. 1, i Rettens procesreglement, at stævningen skal indeholde søgsmålets genstand og en kortfattet fremstilling af anbringenderne, og at der ikke må fremsættes nye anbringender under sagens behandling, medmindre de støttes på retlige eller faktiske omstændigheder, som er kommet frem under retsforhandlingerne. Et anbringende, som udgør en uddybning af et anbringende, der tidligere er fremført direkte eller indirekte i stævningen, og som har tæt forbindelse dermed, bør dog realitetsbehandles. Tilsvarende gælder for et klagepunkt, der er påberåbt til støtte for et anbringende (jf. i denne retning analogt dom af 21.3.2002, Joynson mod Kommissionen, T-231/99, EU:T:2002:84, præmis 156).
- 108 Klagepunktet vedrørende den uforholdsmæssige karakter af de resultater, som EUIPO nåede frem til ved anvendelsen af dom af 24. juni 2004, Heidelberg Bauchemie (C-49/02, EU:C:2004:384), for så vidt angår overensstemmelsen mellem den grafiske gengivelse af et varemærke, der udgøres af farve i sig selv, og artikel 4 i forordning nr. 207/2009, fremgår indirekte dels af de anbringender, som sagsøgeren allerede har fremsat i stævningen, vedrørende det manglende behov for en udtrykkelig beskrivelse, der ledsager den grafiske gengivelse af de anfægtede varemærker, dels af, at der ikke foreligger et lovkrav herom.
- 109 Det følger heraf, at anbringendet om proportionalitetsprincippet, der er anført af den intervenerende sammenslutning i forbindelse med dets interventionsindlæg, ligeledes skal antages til realitetsbehandling i henhold til procesreglementets artikel 142, stk. 1.

- 110 For så vidt angår spørgsmålet, om dette anbringende er begrundet, skal det præciseres, at sagsøgerens argumenter i den forbindelse, i det omfang disse tilsigter af kritisere forskelsbehandlingen af varemærker, der udgøres af farve i sig selv, i forhold til andre varemærke kategorier, i realiteten vedrører ligebehandlingsprincippet, og de skal derfor forkastes, således som det følger af præmis 94-106 ovenfor.
- 111 Hvad endvidere angår kritikken af, at den fortolkning af dom af 24. juni 2004, Heidelberg Bauchemie (C-49/02, EU:C:2004:384), som appelkammeret foretrak, medfører en for streng anvendelse på et unødigt højt niveau af de betingelser, der skal finde anvendelse på den grafiske gengivelse af varemærker, der udgøres af farve i sig selv, med hensyn til de målsætninger, der forfølges med disse betingelser, bemærkes, at proportionalitetsprincippet indebærer, at EU-institutionernes retsakter ikke må gå videre, end hvad der er nødvendigt og passende for gennemførelsen af det formål, der lovligt tilstræbes med den omhandlede lovgivning, hvorved det forudsættes, at såfremt det er muligt at vælge mellem flere egnede foranstaltninger, skal den mindst indgribende foranstaltning vælges, og byrderne må herved ikke være uforholdsmæssige i forhold til de tilsigtede mål (dom af 12.7.2001, Jippes m.fl., C-189/01, EU:C:2001:420, præmis 81, og af 22.1.2013, Sky Österreich, C-283/11, EU:C:2013:28, præmis 50).
- 112 For det første er de principielle formål med artikel 4 i forordning nr. 207/2009 som anført ovenfor i præmis 41, 43 og 44 navnlig at sikre EU-varemærkets funktion som oprindelsesangivelse, hvilket forudsætter, at det opfattes præcist, uforanderligt og vedvarende, at garantere retssikkerheden, hvilket forudsætter en nøjagtig definition af genstanden for EU-varemærkebeskyttelsen, for varemærkets indehaver såvel som for de kompetente myndigheder og de øvrige erhvervsdrivende, og at forsvare den generelle interesse i ikke unødigt at begrænse farvernes disponibilitet samt sikre, at EU-varemærkeretten ikke gengives forkert med henblik på at opnå en uberettiget konkurrencefordel.
- 113 For det andet har Domstolen ved at fremhæve kravene om klarhed og præcisering af et varemærke, der udgøres af en kombination af farver i sig selv, med henblik på at forhindre flere forskellige kombinationer afvejet dette krav med de målsætninger, der forfølges med den nævnte bestemmelse.
- 114 For det tredje følger proportionaliteten af dette krav for varemærker, der udgøres af en kombination af farver i sig selv, direkte af disse varemærkers karakter, således som vurderet ovenfor i præmis 84-86. Det er nemlig nødvendigt med henblik på at præcisere den nøjagtige genstand for den beskyttelse, som et sådant varemærke giver, at dets præsentation allerede på tidspunktet for indgivelsen af registreringsansøgningen er objektiv og gengiver den opstilling, som forbrugeren vil opfatte og huske.
- 115 Under hensyn til det ovenstående må det konkluderes, at anvendelsen i det foreliggende tilfælde af de betingelser, der kræves efter dom af 24. juni 2004, Heidelberg Bauchemie (C-49/02, EU:C:2004:384), ikke var for uforholdsmæssig med hensyn til formålene med de nævnte betingelser.
- 116 Såfremt EUIPO desuden accepterede at beskytte en kombination af to eller flere farver og de facto tillod mange forskellige kombinationer, ville en sådan tilgang svare til at give en beskyttelse, der ville være uforholdsmæssig i forhold til det mål, der forfølges med varemærkeretten, som er at garantere funktionen som oprindelsesangivelse af varerne i kommerciel praksis i forbrugernes interesse.
- 117 For det fjerde har den intervenerende sammenslutning anført, at tilsidesættelsen af proportionalitetsprincippet er så meget desto mere åbenbar, fordi den nye forordning 2015/2424 opgiver kravet om en grafisk gengivelse, idet den indfører artikel 4, litra b), i forordning nr. 207/2009 [nu artikel 4, litra b), i forordning 2017/1001], der fastsætter et enkelt krav om, at tegnet skal gengives »på en måde, der gør det muligt for de kompetente myndigheder og offentligheden at fastslå den klare og præcise genstand for den beskyttelse, som dets indehaver indrømmes«.

- 118 Det er i denne henseende tilstrækkeligt at konstatere, selv om artikel 4, litra b), i forordning nr. 207/2009, som ændret ved forordning 2015/2424, ikke finder anvendelse i det foreliggende tilfælde, at et sådant argument hviler på en fejlagtig fortolkning af denne bestemmelse. Den nye affattelse af artikel 4 i forordning nr. 207/2009, der har til formål at styrke retssikkerheden, er nemlig mere streng end den tidligere affattelse, for så vidt som den deri udtrykkeligt integrerer de formål, der er defineret i dom af 12. december 2002, Sieckmann (C-273/00, EU:C:2002:748), og af 24. juni 2004, Heidelberger Bauchemie (C-49/02, EU:C:2004:384), og derfor hænger perfekt sammen med denne retspraksis og med appelkammerets anvendelse heraf i de anfægtede afgørelser.
- 119 I modsætning til, hvad sagsøgeren har gjort gældende, bemærkes endvidere i lighed med intervenienten, at det hverken er umuligt eller uforholdsmæssigt at kræve, at en ansøgning om registrering af et varemærke, der udgøres af en kombination af farver i sig selv, gengives grafisk eller ledsages af en beskrivelse, der omfatter den systematiske opstilling af farverne, således at det er muligt at fastslå den klare og præcise genstand for den beskyttelse, som det nævnte varemærke giver.
- 120 Under hensyn til det ovenstående skal det første anbringendes tredje led om tilsidesættelse af proportionalitetsprincippet forkastes som ugrundet, og dermed forkastes det første anbringende i sin helhed som ugrundet.

Det andet anbringende om tilsidesættelse af princippet om beskyttelse af den berettigede forventning

- 121 I forbindelse med nærværende anbringende har sagsøgeren, støttet af den intervenierende sammenslutning, kritiseret appelkammeret for at have konkluderet dels, at undersøgerens accept af eller forslag til formuleringen af beskrivelsen i forbindelse med indgivelsen af ansøgningerne om registrering af de anfægtede varemærker ikke kunne begrunde en berettiget forventning, dels, at der enten ikke eksisterede en fast praksis i EUIPO, eller at en sådan ikke udgjorde oplysninger, der kunne begrunde en berettiget forventning.
- 122 Endelig er det sagsøgerens opfattelse, at EUIPO ved registreringen af de anfægtede varemærker med den begrundelse, at de havde opnået fornødent særpræg ved brug, implicit gav udtryk for, at de nævnte varemærker var i overensstemmelse med artikel 4 i forordning nr. 207/2009.
- 123 EUIPO og intervenienten har bestridt disse argumenter.
- 124 Det fremgår af artikel 52, stk. 1, litra a), i forordning nr. 207/2009, at et EU-varemærke erklæres ugyldigt efter indgivelse af begæring herom til EUIPO eller ved fremsættelse af modkrav under en sag om varemærkekrænkelse, når det er registreret i strid med bestemmelserne i samme forordnings artikel 7.
- 125 Ifølge fast retspraksis står adgangen til at påberåbe sig princippet om beskyttelse af den berettigede forventning åben for enhver privatperson, hos hvem en institution har givet anledning til begrundede forhåbninger ved at afgive præcise løfter. Sådanne løfter skal, uanset under hvilken form de er afgivet, være præcise, ubetingede og samstemmende og stamme fra pålidelige og troværdige kilder (jf. dom af 5.4.2006, Kachakil Amar mod KHIM (Langstrakt lineær figur afsluttet med en trekant), T-388/04, ikke trykt i Sml., præmis 26 og den deri nævnte retspraksis).
- 126 Disse løfter skal imidlertid være i overensstemmelse med de gældende bestemmelser og normer, idet løfter, der ikke tager hensyn til EU-retens gældende bestemmelser, ikke kan skabe en berettiget forventning hos den interesserede (jf. i denne retning dom af 27.6.2012, Interkobo mod KHIM – XXXLutz Marken (my baby), T-523/10, EU:T:2012:326, præmis 83 og den deri nævnte retspraksis).

- 127 Endvidere fremgår det af retspraksis, at med henblik på at påberåbe sig princippet om beskyttelse af den berettigede forventning skal en sagsøger kunne godtgøre at have haft en begrundet forhåbning, der har været baseret på præcise tilsagn fra en institution, som har kunnet fremkalde en undskyldelig vildfarelse hos en borger, der er i god tro, og som har udvist den omhu, der kræves af en normalt påpasselig erhvervsdrivende (jf. dom af 9.9.2011, dm-drogerie markt mod KHIM – Distribuciones Mylar (dm), T-36/09, EU:T:2011:449, præmis 114 og den deri nævnte retspraksis).
- 128 I det foreliggende tilfælde lagde appelkammeret for det første til grund i de anfægtede afgørelses punkt 29, at sagsøgeren ikke kunne påberåbe sig princippet om beskyttelse af den berettigede forventning, idet de forslag til beskrivelse, som undersøgeren gav i forbindelse med indgivelsen af registreringsansøgningen, ikke udgjorde præcise, ubetingede og samstemmende oplysninger, der hos sagsøgeren kunne fremkalde en begrundet forhåbning om gyldigheden af registreringen af de anfægtede varemærker.
- 129 For så vidt angår det første anfægtede varemærke fremgår det af sagen, at undersøgeren i forbindelse med telefoniske kontakter, der fandt sted mellem den 11. august og den 3. september 2004, havde anmodet sagsøgerens repræsentant om at præcisere registreringsansøgningen under hensyn til de betingelser for registrering, der fremgik af dom af 24. juni 2004, Heidelberg Bauchemie (C-49/02, EU:C:2004:384), og navnlig tilføje oplysninger om proportionerne mellem de to omhandlede farver og måden, hvorpå disse farver skulle fremstå. Efter denne anmodning fra undersøgeren indgav sagsøgeren den 11. oktober 2004 den beskrivelse, der er nævnt ovenfor i præmis 3, og det første anfægtede varemærke blev registreret den 25. juli 2005.
- 130 For så vidt angår det andet anfægtede varemærke fremlagde sagsøgeren som anført ovenfor i præmis 11-13 – efter at undersøgeren havde meddelt, at forbetingelserne ikke var overholdt, hvorfor denne anmodede om en præcisering af, i hvilke proportioner hver farve ville blive anvendt på varerne, og måden, hvorpå disse farver ville fremstå – en beskrivelse, der angav, at »farverne vil[le] blive anvendt i lige dele og sammenstillet«. Den 8. marts 2011 blev det andet anfægtede varemærke registreret.
- 131 EUIPO har ikke bestridt disse faktiske omstændigheder.
- 132 Det skal med hensyn hertil præciseres, at undersøgeren i begge tilfælde, hvilket EUIPO har bekræftet i retsmødet, begrænsede sig til at anmode sagsøgeren om at præcisere den beskrivelse, som blev fremlagt sammen med angivelsen af proportionerne mellem de to pågældende farver og måden, hvorpå disse ville fremstå. De af sagsøgeren fremlagte præciseringer blev efterfølgende accepteret. Dette er imidlertid ikke ensbetydende med, at undersøgeren i begge tilfælde havde givet præcise, ubetingede og samstemmende løfter om, at disse beskrivelser opfyldte de lovbestemte krav i artikel 4 i forordning nr. 207/2009.
- 133 Selv om undersøgeren for det første to gange accepterede to beskrivelser, der ikke var i overensstemmelse med de krav, der fremgår af dom af 24. juni 2004, Heidelberg Bauchemie (C-49/02, EU:C:2004:384), kan dette ikke være til hinder for, at de anfægtede varemærker erklæres ugyldige, såfremt deres registrering er sket i strid med en af de absolutte registreringshindringer i artikel 7 i forordning nr. 207/2009.
- 134 Hvis det for det andet antages, at de oplysninger, som undersøgeren gav, kan betegnes som præcise og ubetingede løfter, fremgår det af den retspraksis, der er anført ovenfor i præmis 126, at sådanne løfter, henset til, at de ikke var i overensstemmelse med gældende bestemmelser, ikke kan begrunde en berettiget forventning.
- 135 For det tredje kan registreringen af et EU-varemærke, uanset om det forud herfor er blevet drøftet, hvilke oplysninger der skal fremlægges for at garantere, at ansøgningen er korrekt og fuldstændig, ikke forhindre, at indehaveren af det nævnte varemærke risikerer, at dette erklæres ugyldigt i henhold til

artikel 52, stk. 1, i forordning nr. 207/2009. Det fremgår nemlig af den retspraksis, der er nævnt ovenfor i præmis 126, at kravet om retssikkerhed, der udgør den generelle interesse, der forfølges med denne bestemmelse, nødvendigvis har forrang over den eventuelle berettigede forventning og den interesse af privat karakter, som indehaveren af et EU-varemærke eventuelt kunne gøre gældende.

- 136 Endvidere er formålet med artikel 52, stk. 1, i forordning nr. 207/2009 netop at gøre det muligt at reparere eventuelle fejl, som undersøgeren har begået på tidspunktet for indgivelsen af en registreringsansøgning, uafhængigt af, om der forud for fejlen er foregået drøftelser med ansøgeren af varemærket eller ej, idet der i begge tilfælde er sket en angiveligt korrekt registrering, uden at dette er til hinder for, at varemærket annulleres på grundlag af en absolut ugyldighedsgrund, således som det fremgår af denne artikels ordlyd.
- 137 Appellkammeret lagde endvidere til grund, at sagsøgeren ikke kunne støtte nogen berettiget forventning på EUIPO's tidligere afgørelsespraksis.
- 138 I denne henseende er EUIPO som anført ovenfor i præmis 98 og 99 forpligtet til at udøve sine kompetencer i overensstemmelse med EU-rettens generelle principper. Såfremt EUIPO på baggrund af ligebehandlingsprincippet og princippet om god forvaltningsskik skal tage hensyn til trufne afgørelser vedrørende lignende ansøgninger og særligt overveje, hvorvidt der i den foreliggende situation skal træffes samme afgørelse, skal anvendelsen af disse principper imidlertid være forenelig med legalitetsprincippet. En person, der ansøger om varemærkeregistrering af et tegn, kan følgelig ikke til egen fordel påberåbe sig en ulovlighed, der er begået til fordel for andre, med henblik på at opnå identisk afgørelse. Under alle omstændigheder skal undersøgelsen af enhver ansøgning om registrering af hensyn til retssikkerheden og kravet om god forvaltningsskik være streng og fuldstændig for at undgå, at der sker uretmæssige registreringer af EU-varemærker. Denne undersøgelse skal således foretages i hvert enkelt konkrete tilfælde. Registreringen af et tegn som EU-varemærke afhænger nemlig af specifikke kriterier, der finder anvendelse inden for den foreliggende sags faktiske omstændigheder, hvorved det kontrolleres, at varemærket ikke er omfattet af en registreringshindring (jf. dom af 12.12.2014, *Comptoir d'Épicerie mod KHIM – A-Rosa Akademie (da rosa)*, T-405/13, ikke trykt i Sml., EU:T:2014:1072, præmis 63 og den deri nævnte retspraksis).
- 139 Det følger heraf, at appellkammeret med rette konkluderede, at sagsøgeren ikke med føje kunne påberåbe sig EUIPO's tidligere afgørelser til støtte for en angivelig tilsidesættelse af princippet om beskyttelse af den berettigede forventning (jf. i denne retning dom af 12.12.2014, *da rosa*, T-405/13, ikke trykt i Sml., EU:T:2014:1072, præmis 64 og den deri nævnte retspraksis).
- 140 Desuden anførte appellkammeret uden at begå nogen fejl i de anfægtede afgørelses punkt 29, at ifølge retspraksis svarer en simpel praksis – uanset hvor sædvanlig den er – ikke til præcise, ubetingede og samstemmende oplysninger som omhandlet i den i præmis 125 ovenfor omhandlede retspraksis (jf. dom af 25.3.2009, *Anheuser-Busch/OHMI – Budějovický Budvar (BUDWEISER)*, T-191/07, EU:T:2009:83, præmis 49 og den deri nævnte retspraksis).
- 141 Endvidere kan sagsøgeren ikke, således som appellkammeret med rette anførte i de anfægtede afgørelses punkt 30-33, støtte ret på EUIPO's, appellkamrenes eller Unionens retsinstansers tidligere afgørelser om EU-varemærker, der udgøres af kombinationer af farver i sig selv, og som ligner de anfægtede varemærker, alene på grundlag af artikel 7, stk. 1, litra b), i forordning nr. 207/2009 med henblik på, at det fastslås, at der eksisterer en praksis for registrering af sådanne varemærker i henhold til den nævnte forordnings artikel 4.
- 142 Det kan nemlig ikke af den omstændighed, at undersøgeren, appellkammeret eller Unionens retsinstanser alene udtalte sig om disse varemærkers manglende fornødne særpræg, udledes, at disse er blevet vurderet til at være i overensstemmelse med artikel 4 i forordning nr. 207/2009. Disse afgørelser kunne derfor ikke anses for at udgøre en praksis for accept af ansøgninger om registrering af EU-varemærker af denne type ved EUIPO eller Unionens retsinstanser. På samme måde skal

sagsøgerens argument, hvorefter EUIPO med registreringen af de anfægtede varemærker på grundlag af det fornødne særpræg, som disse havde opnået ved brug, implicit havde givet udtryk for, at disse varemærker var i overensstemmelse med artikel 4 i forordning nr. 207/2009, forkastes.

- 143 Endelig er det allerede blevet fastslået, for så vidt som den intervenerende sammenslutning har støttet sig på EUIPO's retningslinjer, at der ikke er noget, der gør det muligt at antage, at disse retningslinjer har forrang over gældende EU-ret på området (jf. i denne retning dom af 25.3.2009, BUDWEISER, T-191/07, EU:T:2009:83, præmis 48).
- 144 Det følger af det ovenstående, at appelkammeret med rette konkluderede, at sagsøgeren ikke kunne påberåbe sig princippet om beskyttelse af den berettigede forventning.
- 145 Det andet anbringende skal derfor forkastes. Uden at det således er nødvendigt at udtale sig om, hvorvidt sagsøgerens anden påstand kan antages til realitetsbehandling, skal sagsøgte frifindes fuldt ud.

Sagsomkostninger

- 146 Ifølge procesreglementets artikel 134, stk. 1, pålægges det den tabende part at betale sagsomkostningerne, hvis der er nedlagt påstand herom. Sagsøgeren har tabt sagen og pålægges derfor at betale sagsomkostningerne i overensstemmelse med EUIPO's og intervenientens påstande.
- 147 Ifølge procesreglementets artikel 138, stk. 3, kan Retten træffe afgørelse om, at andre intervenienter end de i samme artikels stk. 1 og 2 nævnte skal bære deres egne omkostninger. I den foreliggende sag pålægges den intervenerende sammenslutning, der har intervenseret til støtte for sagsøgeren, at bære sine egne omkostninger.

På grundlag af disse præmisser

udtaler og bestemmer

RET TEN (Anden Afdeling):

- 1) **Den Europæiske Unions Kontor for Intellectuel Ejendomsret (EUIPO) frifindes.**
- 2) **Red Bull GmbH betaler sagsomkostningerne, herunder de omkostninger, der er afholdt af EUIPO og Optimum Mark sp. z o.o.**
- 3) **Marques bærer sine egne omkostninger.**

Prek

Buttigieg

Berke

Afsagt i offentligt retsmøde i Luxembourg den 30. november 2017.

Underskrifter

i — Der er rettet trykfejl i præmis 16 og 23 i denne tekst.