Sbírka soudních rozhodnutí

ROZSUDEK TRIBUNÁLU (devátého senátu)

14. prosince 2017 *

„Ochranná známka Evropské unie – Řízení o prohlášení neplatnosti – Slovní ochranná známka Evropské unie BET 365 – Absolutní důvod pro zamítnutí zápisu – Rozlišovací způsobilost získaná užíváním – Důkaz – Užívání ochranné známky k několika účelům – Článek 7 odst. 3 a čl. 52 odst. 2 nařízení (ES) č. 207/2009 [nyní čl. 7 odst. 3 a čl. 59 odst. 2 nařízení (EU) 2017/1001]“

Ve věci T-304/16,

bet365 Group Ltd, se sídlem v Stoke-on-Trent (Spojené království), zastoupená S. Malyniczem, QC, jakož i R. Blackem a J. Bickle, solicitors,

žalobkyně,

proti

Úřadu Evropské unie pro duševní vlastnictví (EUIPO), zastoupenému S. Hannem, jako zmocněncem,

žalovanému,

přičemž dalším účastníkem řízení před odvolacím senátem EUIPO, vystupujícím jako vedlejší účastník řízení před Tribunálem, je

Robert Hansen, s bydlištěm v Mnichově (Německo), zastoupený M. Pütz-Poulalionem, advokátem,

jejímž předmětem je žaloba podaná proti rozhodnutí pátého odvolacího senátu EUIPO ze dne 21. března 2016 (věc R 3243/2014-5) týkajícímu se řízení o prohlášení neplatnosti mezi R. Hansenem a společností bet365 Group,

TRIBUNÁL (devátý senát),

ve složení S. Gervasoni, předseda, L. Madise (zpravodaj) a R. da Silva Passos, soudci,

vedoucí soudní kanceláře: I. Dragan, rada,

s přihlédnutím k žalobě došlé kanceláři Tribunálu dne 15. června 2016,

s přihlédnutím k vyjádření EUIPO k žalobě došlému kanceláři Tribunálu dne 12. srpna 2016,

s přihlédnutím k vyjádření vedlejšího účastníka k žalobě došlému kanceláři Tribunálu dne 7. září 2016,

po jednání konaném dne 17. května 2017,

* Jednací jazyk: angličtina.

vydává tento

Rozsudek

Skutečnosti předcházející sporu

1 Dne 23. května 2007 podala žalobkyně, společnost bet365 Group Ltd, u Úřadu Evropské unie pro duševní vlastnictví (EUIPO) přihlášku ochranné známky Evropské unie, na základě nařízení Rady (ES) č. 40/94 ze dne 20. prosince 1993 o ochranné známce Evropské unie (Úř. věst. 1994, L 11, s. 1), v platném znění [nahrazeného nařízením Rady (ES) č. 207/2009 ze dne 26. února 2009 o ochranné známce Evropské unie (Úř. věst. 2009, L 78, s. 1), které bylo nahrazeno nařízením Evropského parlamentu a Rady (EU) 2017/1001 ze dne 14. června 2017 o ochranné známce Evropské unie (Úř. věst. 2017, L 154, s. 1)].

2 Ochrannou známkou, jejíž zápis byl požadován, je slovní označení BET 365.

3 Výrobky a služby, pro které byl zápis požadován, náležejí po omezení provedeném během řízení u EUIPO do tříd 9, 28, 35, 36, 38, 41 a 42 ve smyslu Niceské dohody o mezinárodním třídění výrobků a služeb pro účely zápisu známek ze dne 15. června 1957, ve znění změn a doplňků, a pro každou z těchto tříd odpovídají následujícímu popisu:

– třída 9: „Počítačový software; počítačový software pro sázení, hraní a hazardní hry a řízení databází; elektronické publikace; počítačové hry; elektronické interaktivní počítačové hry; počítačový software a počítačové programy pro distribuci uživatelům služeb sázení a hraní a pro jejich použití uživateli; počítačové herní programy stažené přes internet [software]; software počítačových her; počítačové programy pro hraní her; počítačový software ke stažení z internetu; kompaktní disky a DVD; zařízení pro hraní her přizpůsobená pro použití s televizními přijímači; počítačový software určený pro stahování, přenášení, přijímání, editování, extrahování, kódování, dekódování, hraní, ukládání a organizování dat včetně zvukových a obrazových dat“;

– třída 28: „Hry a hračky; herní přístroje (s výjimkou těchto přizpůsobených pro použití s televizními přijímači); hraní o peníze“;

– třída 35: „Reklama; obchodní řízení; podnikové řízení; kancelářské funkce; služby online zpracování dat“;

– třída 36: „Finanční služby; služby finanční, všechno vztahující se k sázení, hraní her, hazardu, loteriím nebo sázkovému makléřství; poskytování finančních informací vztahujících se k sázení, hraní her, hazardu, loteriím nebo sázkovému makléřství; informace, poradenství a pomoc vztahující se k výše uvedeným službám“;

– třída 38: „Poskytování přístupu a udělování oprávnění k přístupu více uživatelům síťových systémů, umožňujících přístup k informacím a službám týkajícím se hazardních her a sázení prostřednictvím internetu a jiných globálních sítí, nebo po telefonu (včetně mobilních telefonů); telekomunikační služby; přenos rozhlasových nebo televizních programů; služby streamingu dat; streaming televizních a rozhlasových programů v přímém přenosu; online video služby, nabízení živého streamingu kulturních, zábavních a sportovních akcí; poskytování internetových konferenčních místností; poskytování online fór; vysílání a komunikační služby; přenos zvuku nebo obrazu; přenos zpráv a obrázků pomocí počítačů; elektronické poštovní služby; telekomunikační služby vztahující se k internetu nebo prostřednictvím telefonu, včetně mobilních telefonů; telekomunikace

informací (včetně web stránek); poskytování telekomunikačních spojení k počítačovým databázím a webovým stránkám na internetu nebo prostřednictvím telefonu, včetně mobilních telefonů; telekomunikační informace; informační služby spojené s telekomunikacemi“;

– třída 41: „Poskytování sázkových a herních služeb prostřednictvím fyzických a elektronických míst a telefonních center; sázení, loterie a přijímání sázek; služby sázení, hraní, hazardních her, loterií nebo sázkového makléřství v oblasti kreditních karet; organizování a vedení loterií; služby v oboru elektronického sázení, hraní, hazardních her a loterií poskytované prostřednictvím internetu, nebo prostřednictvím celosvětové počítačové sítě nebo online z databáze počítačové sítě nebo prostřednictvím telefonů, včetně mobilních telefonů, nebo prostřednictvím televizních kanálů; interaktivní hry, poker, bingo a dovednostní hry, včetně jednoho a více herních formátů; prezentace a výroba soutěží, turnajů v pokeru a bingu, her a hraní o peníze; zábava, sportovní a kulturní aktivity; pořádání a řízení soutěží; herní služby na dálku poskytované přes telekomunikační sítě; informace o hraní poskytované online z počítačové databáze nebo z internetu; služby v oblasti her pro účely zábavy; služby v oblasti elektronických her poskytovaných prostřednictvím Internetu; organizace soutěží; herní služby poskytované online; služby týkající se provozování hry bingo a dovednostních her prostřednictvím počítačů; informace vztahující se k zábavě, hrám a hazardním hrám poskytované online z počítačové databáze nebo internetu; informační a poradenské služby týkající se veškerých výše uvedených služeb; informační služby v oboru sportu“;

– třída 42: „Počítačové poradenské, konzultační a návrhářské služby, leasing, půjčování a pronájem počítačového hardwaru, databází, počítačového softwaru, programování počítačů“.

4 Průzkumný referent informoval žalobkyni o tom, že má v úmyslu zamítnout přihlášku k zápisu z důvodu, že přihlášená ochranná známka je popisná ve vztahu k dotyčným výrobkům a službám u průměrného spotřebitele s aktivní znalostí angličtiny, neboť prvek „bet“ odkazuje na sázky a prvek „365“ na počet dní v roce, což znamená, že se ochranná známka vztahuje na nabídku sázek dostupnou po celý rok. Na přihlášenou ochrannou známku se tedy uplatní čl. 7 odst. 1 písm. c) nařízení č. 40/94 [poté čl. 7 odst. 1 písm. c) nařízení č. 207/2009, nyní čl. 7 odst. 1 písm. c) nařízení 2017/1001], podle kterého se do rejstříku nezapíšou ochranné známky, které jsou tvořeny výlučně označeními nebo údaji, které mohou sloužit v oblasti obchodu k označení druhu, jakosti, množství, účelu, hodnoty, zeměpisného původu nebo doby výroby výrobků nebo poskytnutí služby nebo jiných jejich vlastností. Průzkumový referent dodal, že ochranná známka, jejíž zápis byl požadován, rovněž postrádá rozlišovací způsobilost, takže se na ni uplatní čl. 7 odst. 1 písm. b) nařízení č. 40/94 [poté čl. 7 odst. 1 písm. b) nařízení č. 207/2009, nyní čl. 7 odst. 1 písm. b) nařízení 2017/1001], který též brání jejímu zápisu.

5 Žalobkyně zpochybnila předběžné posouzení průzkumového referenta, ale též tvrdila, že přihlášená ochranná známka získala ke dni podání přihlášky k zápisu rozlišovací způsobilost užíváním, což jí s ohledem na ustanovení čl. 7 odst. 3 nařízení č. 40/94 (poté čl. 7 odst. 3 nařízení č. 207/2009, nyní čl. 7 odst. 3 nařízení 2017/1001) muselo každopádně umožnit, aby byla zapsána. Žalobkyně předložila na podporu svého tvrzení v tomto smyslu prohlášení svého generálního ředitele, pana C., jakož i prohlášení pana H., generálního ředitele Remote Gambling Association, sdružení seskupujícího provozovatele hazardních her a sázek. Tato prohlášení spolu s jejich přílohami měla podložit skutečnost, že přihlášená ochranná známka zaujímá významné podíly na trhu, prokázat zeměpisný dosah a dlouhodobost užívání této ochranné známky, jakož i investice vynaložené na její propagaci, doložit, že její užívání bylo uznáno v průmyslové a obchodní oblasti a že žalobkyně byla jediná, kdo tuto ochrannou známku užíval pro dotčené výrobky a služby.

6 Dopisem ze dne 29. září 2008 průzkumový referent uznal, že důkazy předložené žalobkyní prokázaly, že přihlášená ochranná známka získala rozlišovací způsobilost užíváním. Průzkumový referent v tomto ohledu podotkl, že předložené dokumenty dokládají, že prvek „bet365“ je užíván v různých kontextech a stylech a že prohlášení pana C. dokládalo jeho trvalé a stále rostoucí užívání od roku 1991, neboť žalobkyně zpracovává nyní více než dva miliony sázek týdně a je 16. soukromou společností ve Spojeném království. Články v tisku zejména uvádějí, že ochranná známka byla užívána jako obchodní

značka ve vztahu k veřejnosti pro výrobky a služby internetových sportovních sázek a hazardních her v Irsku a ve Spojeném království. Bylo prokázáno, že sporná ochranná známka byla předmětem reklamní propagace v Evropské unii, zejména v Irsku a ve Spojeném království, ale i v novinách v Dánsku, Německu, Španělsku a Švédsku, přičemž rozpočet na reklamu se v letech 2001 až 2007 zvýšil ze 48 000 na 6 000 000 britských liber (GBP).

7 Přihláška ochranné známky byla tedy zveřejněna ve *Věstníku ochranných známek Společenství č. 2008/041* ze dne 13. října 2008. Vzhledem k tomu, že nebylo předloženo žádné vyjádření třetí strany, ale byly podány námitky, které byly zamítnuty, byla dotčená ochranná známka zapsána dne 15. února 2012 pro požadované výrobky a služby vyjmenované v bodě 3 výše, náležející do tříd 9, 28, 35, 36, 38, 41 a 42. Zápis ochranné známky byl zveřejněn ve *Věstníku ochranných známek Společenství* č. 2012/034 ze dne 17. února 2012.

8 Dne 19. června 2013 vedlejší účastník, Robert Hansen, poté, co podal dne 18. února 2013 přihlášku slovní ochranné známky b365, která byla úspěšně napadena námitkami žalobkyně, podal návrh na prohlášení ochranné známky BET 365 za neplatnou, když tvrdil, že tato ochranná známka je popisná ve vztahu k výrobkům a službám, na které se vztahuje, a že není rozlišující.

9 Během následujícího sporného řízení předložila žalobkyně nová prohlášení pana C. ze dne 2. ledna 2014 (se 34 přílohami) a pana H. ze dne 20. prosince 2013 (s jednou přílohou). Žalobkyně sice stále hájila svůj názor, že sporná ochranná známka je sama o sobě nepopisná a rozlišující, ale rovněž tvrdila, že od podání její přihlášky k zápisu v roce 2007, a zejména až do dne podání návrhu na prohlášení neplatnosti v roce 2013, její užívání jako ochranné známky, které jí přiznává rozlišovací způsobilost, zesílilo. Žalobkyně v tomto ohledu převzala zaktualizované poznatky, které již uvedla dříve, jež měly potvrdit skutečnost, že sporná ochranná známka zaujímá významné podíly na trhu, prokázat zeměpisný dosah a dlouhodobost užívání této ochranné známky, zdůraznit investice vynaložené na její propagaci, jakož i prokázat, že její užívání bylo uznáno v průmyslové a obchodní oblasti a že žalobkyně byla jedinou, kdo tuto ochrannou známku užíval pro dotčené výrobky a služby.

10 Vedlejší účastník zejména zpochybnil relevanci důkazů předložených žalobkyní k prokázání skutečnosti, že sporná ochranná známka získala rozlišovací způsobilost užíváním. Zejména tvrdil, že žalobkyně aktivně působila především v Irsku a ve Spojeném království a že užívala prvek „bet365“ pouze jako obchodní firmu nebo název internetové domény, aby nasměrovala klientelu na svou internetovou stránku, nikoli však k identifikaci služeb nabízených této klientele jako takových, které jsou identifikovány jinými označeními, s jedinou výjimkou hry bet365 bingo.

11 Po obdržení doplňujících vyjádření žalobkyně zrušovací oddělení zamítlo návrh na prohlášení neplatnosti rozhodnutím ze dne 24. listopadu 2014. Zrušovací oddělení sice potvrdilo, že sporná ochranná známka je sama o sobě popisná ve vztahu k dotčeným výrobkům a službám, přinejmenším ve velké části Unie, a že tedy byla původně nerozlišující, avšak uznalo, že tato ochranná známka získala rozlišovací způsobilost užíváním. Zrušovací oddělení v podstatě zdůraznilo, že žalobkyně prokázala významný rozvoj svých činností pod názvem BET 365 a že vedlejší účastník nepopřel užívání tohoto názvu žalobkyní jako obchodní firmy a jako části názvu domény její internetové stránky. Ačkoli užívání určitého výrazu jako ochranné známky pro výrobky a služby a jako obchodní firmy lze teoreticky dokonale odlišit, v praxi může být rozdíl u veřejnosti setřen, pokud je tentýž výraz užíván ke dvěma účelům. V projednávané věci je velmi nepravděpodobné, že průměrný spotřebitel bude činit takovéto rozlišení při užívání internetové stránky žalobkyně ke hrám nebo sázkám, i když různé nabízené hry či sázky mají odlišné zvláštní názvy. Je obzvláště velmi nepravděpodobné, že průměrný spotřebitel bude mít pochybnosti o tom, zda jsou tyto hry a sázky nabízeny žalobkyní identifikovanou spornou ochrannou známkou, tím spíše, že tato ochranná známka byla předmětem významných reklamních kampaní a rozsáhlého výskytu v tisku.

12 Vedlejší účastník podal proti rozhodnutí zrušovacího oddělení odvolání u EUIPO, v němž se znovu domáhal, aby byla sporná ochranná známka prohlášena za neplatnou. V zásadě namítal, že zrušovací oddělení mohlo dovodit existenci užívání, na jehož základě získala sporná ochranná známka rozlišovací způsobilost, která umožňuje identifikovat v celé Unii obchodní původ jednotlivých dotčených výrobků a služeb s ohledem na zmínku prvku „bet365“ ve výňatcích z tisku zveřejněných v Irsku a ve Spojeném království (podle vedlejšího účastníka pro identifikaci žalobkyně nebo sázkových kurzů nabízených žalobkyní), jakož i užívání tohoto prvku pro název internetové domény žalobkyně a v rohu jejích internetových stránek.

13 Rozhodnutím ze dne 21. března 2016 (dále jen „napadené rozhodnutí“) pátý odvolací senát EUIPO odvolání vyhověl, když potvrdil popisný charakter a nedostatek inherentní rozlišovací způsobilosti sporné ochranné známky pro anglofonní část relevantní veřejnosti a když popřel, že sporná ochranná známka získala rozlišovací způsob užíváním v podstatné části relevantního území, kde tuto způsobilost inherentně postrádala, kterou podle odvolacího senátu tvoří, s ohledem na datum podání přihlášky k zápisu, Dánsko, Irsko, Nizozemsko, Finsko, Švédsko a Spojené království (body 52 až 55 napadeného rozhodnutí, pokud jde o relevantní území).

14 Odvolací senát v podstatě uvedl, že k prokázání získání rozlišovací způsobilosti užíváním bylo nutno prokázat, že alespoň podstatná část relevantní veřejnosti vnímá dotčené označení jako údaj o obchodním původu dotčených výrobků a služeb. Žalobkyně sice skutečně prokázala obchodní úspěch, avšak neprokázala spojitost mezi tímto úspěchem nebo svými reklamními činnostmi a vnímáním sporné ochranné známky veřejností.

15 V tomto ohledu nebyly předloženy dostatečné přímé důkazy (zejména body 66 až 68, 71 a 73 až 75 napadeného rozhodnutí). Odvolací senát konkrétně uvedl, že důkazy předložené žalobkyní k prokázání skutečnosti, že sporná ochranná známka získala rozlišovací způsobilost užíváním, představují především novinové články, které se ve většině případů nevztahují na relevantní území, a že ochranná známka uvedená v dokladech sepsaných v angličtině, které nejsou datovány, odpovídá ve skutečnosti třem barevným obrazovým znázorněním obsahujícím prvek „bet365“, jež byla mimoto zapsána na základě přihlášky žalobkyně, ale neodpovídá sporné ochranné známce (bod 56 napadeného rozhodnutí).

16 Odvolací senát uznal, že důkazy předložené žalobkyní zahrnují též reklamy vysílané v televizi v Dánsku, Švédsku a ve Spojeném království, reklamy vysílané v rozhlase ve Spojeném království, které se však podle odvolacího senátu vztahují na hru bet365 bingo, a nikoli na spornou ochrannou známku, reklamní panely umístěné na sportovních hřištích v různých místech Unie, na kterých se odehrávají fotbalové zápasy vysílané v televizi ve Švédsku a ve Spojeném království, důkazy související se sponzorstvím koňských dostihů, především ve Spojeném království, a sponzorstvím fotbalového klubu Stoke City FC a částky investic do reklamy. Odvolací senát zdůraznil, že se předložené důkazy týkají zejména Spojeného království, a nikoli ostatních zemí tvořících relevantní území, avšak uznal, že jsou dostačující, pokud jde o období, během něhož měl být proveden průzkum (body 57 až 63 a 66 napadeného rozhodnutí). Odvolací senát rovněž uznal, že žalobkyně jej přesvědčila o svém obchodním úspěchu, s více než 21 milionem zákazníků ve 200 zemích, a zejména že podíl její internetové stránky věnované sázkám na trhu je obdivuhodný (bod 64 napadeného rozhodnutí).

17 Odvolací senát však vyjádřil pochybnosti o tom, zda úspěch žalobkyně dokládá získání rozlišovací způsobilosti sporné ochranné známky užíváním. Jak tvrdil vedlejší účastník, důkazy předložené žalobkyní se vztahují k užívání prvku „bet365“ pro vlastní označení žalobkyně nebo pro označení její internetové stránky, nikoli však jeho užívání jako ochranné známky pro účely identifikace výrobků a služeb, pro které byla ochranná známka zapsána (body 68 a 69, jakož i body 77 a 79 napadeného rozhodnutí). Odvolací senát zdůraznil, že obrat, investice do reklamy a další skutečnosti sdělené žalobkyní nejsou rozděleny mezi všechny výrobky a služby, pro které byla sporná ochranná známka zapsána, a že tudíž není možno zjistit, jak tuto ochrannou známku vnímá spotřebitel ve vztahu k těmto různým výrobkům a službám. Konkrétně žádný průzkum veřejného mínění ani žádné

posouzení obchodní komory, sdružení spotřebitelů nebo konkurentů neposkytují v tomto směru žádný údaj a předložené důkazy se týkají pouze služeb náležejících do třídy 41, jež se vztahují k sázkám a hazardním hrám jako takovým (body 70 až 76 napadeného rozhodnutí). Odvolací senát dodal, že počet vyhledávání určitého výrazu na internetu nestačí k prokázání, že se daný výraz stal rozlišujícím, neboť takováto informace nijak nevypovídá „o předem stanovených kritériích k posouzení intenzity jeho užívání a rozpoznání jakožto rozlišující označení ze strany relevantní veřejnosti“ (bod 78 napadeného rozhodnutí). Bod 80 napadeného rozhodnutí obsahuje závěr, že „proslulost sporné ochranné známky u spotřebitelů nebyla na základě předložených důkazů prokázána“.

Návrhová žádání účastníků řízení

18 Žalobkyně navrhuje, aby Tribunál:

– zrušil napadené rozhodnutí;

– uložil EUIPO a vedlejšímu účastníku, že ponesou vlastní náklady řízení a nahradí náklady řízení vzniklé žalobkyni.

19 EUIPO navrhuje, aby Tribunál:

– žalobu zamítl;

– uložil žalobkyni náhradu nákladů řízení.

20 Vedlejší účastník navrhuje, aby Tribunál:

– žalobu zamítl;

– uložil žalobkyni náhradu nákladů řízení, včetně nákladů řízení vynaložených vedlejším účastníkem.

Právní otázky

21 Žalobkyně vznáší jediný žalobní důvod vycházející z porušení čl. 7 odst. 3 nařízení č. 207/2009, k jehož podložení předkládá několik řad argumentů. Zaprvé odvolací senát podle ní správně neposoudil důkazy o užívání sporné ochranné známky, zejména ohledně územního rozsahu tohoto užívání. Zadruhé odvolací senát nevzal patřičně v úvahu důkazy předložené panem H., generálním ředitelem Remote Gambling Association. Zatřetí odvolací senát nesprávně dovodil, že předložené důkazy nedokládají užívání sporné ochranné známky nebo její užívání jako obchodní značky. Začtvrté a zapáté odvolací senát neprávem penalizoval žalobkyni za to, že se mezi důkazy o užívání, které žalobkyně předložila, nenacházejí průzkumy veřejného mínění a důkazy pocházející od obchodní komory.

22 Na úvod je třeba zdůraznit, že žalobkyně nezpochybňuje ve stadiu žaloby podané k Tribunálu inherentně popisný a nerozlišující charakter sporné ochranné známky pro všechny výrobky a služby, pro které byl zápis této ochranné známky požadován. Přezkum Tribunálu se tedy vztahuje pouze na otázku získání rozlišovací způsobilosti této ochranné známky užíváním.

23 Kromě toho je třeba uznat, že i když jediný žalobní důvod uplatněný žalobkyní zmiňuje výslovně pouze porušení čl. 7 odst. 3 nařízení č. 207/2009, který se týká zejména zápisu ochranných známek, jež jsou samy o sobě popisné a nerozlišující, avšak získaly ke dni podání přihlášky k zápisu rozlišovací způsobilost užíváním, uvedený žalobní důvod se týká též porušení čl. 52 odst. 2 téhož nařízení (nyní čl. 59 odst. 2 nařízení 2017/1001), použitelného na řízení o prohlášení neplatnosti, jako je řízení v projednávané věci, podle kterého ochranná známka, které je sama o sobě popisná a nerozlišující

a byla zapsána v rozporu s článkem 7 nařízení č. 207/2009 nemůže však být prohlášena za neplatnou, pokud v důsledku užívání získala po svém zápisu rozlišovací způsobilost pro výrobky nebo služby, pro které je zapsána. Jak bylo totiž v podstatě zdůrazněno v rozsudku ze dne 28. září 2016, European Food v. EUIPO – Société des produits Nestlé (FITNESS) (T-476/15, napadený kasačním opravným prostředkem, EU:T:2016:568, bod 64), řízení o prohlášení neplatnosti na základě absolutních důvodů pro zamítnutí zápisu podle článku 52 nařízení č. 207/2009 odkazuje přímo na absolutní důvody pro zamítnutí zápisu stanovené v článku 7 téhož nařízení, jakož i na výjimku získání rozlišovací způsobilosti užíváním, která je zmírňuje, přičemž jediný případný obsahový rozdíl mezi oběma řízeními se týká okamžiku, k němuž musí být takovéto získání rozlišovací způsobilosti posuzováno. V této souvislosti Tribunál v rozsudku ze dne 15. prosince 2016, Mondelez UK Holdings & Services v. EUIPO – Société des produits Nestlé (Tvar tabulky čokolády) (T-112/13, nezveřejněný, napadený kasačním opravným prostředkem, EU:T:2016:735, bod 117), potvrdil, že v rámci řízení o prohlášení neplatnosti na základě absolutních důvodů pro zamítnutí zápisu majitel sporné ochranné známky může buď prokázat, že ochranná známka získala rozlišovací způsobilost užíváním před jejím zápisem, nebo prokázat, že tuto způsobilost získala v době od jejího zápisu do dne podání návrhu na prohlášení neplatnosti.

24 V projednávané věci je třeba podotknout, že s ohledem na to, co bylo uvedeno v bodech 22 a 23 výše, stačí v rámci řízení o prohlášení neplatnosti rozhodnout s ohledem na situaci existující ke dni podání návrhu na prohlášení neplatnosti, tj. k 19. červnu 2013, jak uvedl odvolací senát v bodě 53 napadeného rozhodnutí.

25 Jak je zdůrazněno v ustálené judikatuře, nebrání-li podle čl. 7 odst. 3 nařízení č. 207/2009 absolutní důvody pro zamítnutí uvedené v čl. 7 odst. 1 písm. b) až d) téhož nařízení [nyní čl. 7 odst. 1 písm. b) až d) nařízení 2017/1001] zápisu ochranné známky, pokud získala pro výrobky nebo služby, pro které je zápis požadován, rozlišovací způsobilost po jejím užívání, je tomu tak proto, že v takovémto případě je skutečnost, že relevantní veřejnost skutečně vnímá předmětnou ochrannou známku jako označení obchodního původu výrobku nebo služby, výsledkem hospodářského úsilí přihlašovatele ochranné známky. Tato okolnost odůvodňuje, aby nebyly použity úvahy obecného zájmu, na nichž stojí čl. 7 odst. 1 písm. b) až d) nařízení č. 207/2009, které vyžadují, aby ochranné známky, na něž se vztahují tato ustanovení, mohly být při neexistenci takovéhoto úsilí volně užívány s cílem zabránit vytvoření neoprávněné konkurenční výhody ve prospěch jediného hospodářského subjektu [viz rozsudek ze dne 24. února 2016, Coca-Cola v. OHIM (Tvar konturované láhve bez drážek), T-411/14, EU:T:2016:94, bod 66 a citovaná judikatura]. Tyto úvahy platí i pro ochrannou známku, která byla zapsána v rozporu s čl. 7 odst. 1 písm. b) až d) nařízení č. 207/2009, ale která získala rozlišovací způsobilost užíváním po jejím zápisu, jak vyplývá z čl. 52 odst. 2 téhož nařízení.

26 Pokud jde o území, ve vztahu k němuž musí být rozlišovací způsobilost získaná užíváním prokázána, aby se uplatnily výjimky zmíněné v čl. 7 odst. 3 a čl. 52 odst. 2 nařízení č. 207/2009, je třeba připomenout, že podle čl. 1 odst. 2 tohoto nařízení (nyní čl. 1 odst. 2 nařízení 2017/1001) má ochranná známka Evropské unie jednotnou povahu, což znamená, že má stejné účinky v celé Unii. Z jednotné povahy ochranné známky Evropské unie vyplývá, že pro to, aby označení mohlo být zapsáno, musí mít rozlišovací způsobilost v celé Unii. Podle čl. 7 odst. 2 nařízení č. 207/2009 (nyní čl. 7 odst. 2 nařízení 2017/1001) se ochranná známka nezapíše, pokud postrádá rozlišovací způsobilost v části Unie [rozsudek ze dne 30. března 2000, Ford Motor v. OHIM (OPTIONS), T-91/99, EU:T:2000:95, body 23 až 25]. Z toho vyplývá, že získání rozlišovací způsobilosti užíváním je nutno prokázat na celém území, kde ochranná známka neměla takovou způsobilost *ab initio*, přičemž toto území může případně představovat jediný členský stát [rozsudek ze dne 22. června 2006, Storck v. OHIM, C-25/05 P, EU:C:2006:422, bod 83; viz též rozsudek ze dne 16. března 2016, Työhönvalmennus Valma v. OHIM (Tvar krabice na hru obsahující dřevěné herní součásti), T-363/15, nezveřejněný, EU:T:2016:149, bod 35 a citovaná judikatura]. Bylo však judikováno, že by bylo přílišné vyžadovat, aby důkaz o získání rozlišovací způsobilosti užíváním byl poskytnut pro každý dotčený členský stát samostatně (rozsudek ze dne 24. května 2012, Chocoladefabriken Lindt & Sprüngli v. OHIM, C-98/11 P, EU:C:2012:307, bod 62). V tomto ohledu je třeba uvést, že rozšíření získání

rozlišovací způsobilosti užíváním v některých členských státech na jiné členské státy nelze vyloučit, pokud lze na základě objektivních a věrohodných poznatků dospět k závěru, že tyto trhy jsou srovnatelné, pokud jde o vnímání sporné ochranné známky relevantní veřejností (v tomto smyslu viz rozsudek ze dne 24. února 2016, Tvar konturované láhve bez drážek, T-411/14, EU:T:2016:94, bod 80).

27 Uznání skutečnosti, že ochranná známka získala rozlišovací způsobilost užíváním, vyžaduje, aby přinejmenším podstatná část relevantní veřejnosti identifikovala díky ochranné známce dotčené výrobky nebo služby jako pocházející od určitého podniku. Okolnosti, za nichž může být podmínka související se získáním rozlišovací způsobilosti užíváním považována za splněnou, však nemohou být prokázány pouze na základě obecných a abstraktních údajů. Je třeba vzít v úvahu takové faktory, jako je podíl, který ochranná známka zaujímá na trhu, intenzita, zeměpisné rozšíření a doba užívání této ochranné známky, velikost investic vynaložených podnikem na její propagaci, podíl zúčastněných kruhů, který na základě ochranné známky identifikuje výrobek jako pocházející od určitého podniku, jakož i prohlášení obchodních a průmyslových komor nebo jiných profesních sdružení [viz rozsudky ze dne 21. dubna 2010, Schunk v. OHIM (Vyobrazení části sklíčidla), T-7/09, nezveřejněný, EU:T:2010:153, body 39 a 41 a citovaná judikatura, a ze dne 24. února 2016, Tvar konturované láhve bez drážek, T-411/14, EU:T:2016:94, body 69 a 70 a citovaná judikatura].

28 Je rovněž třeba připomenout, že z judikatury vyplývá, že rozlišovací způsobilost ochranné známky, včetně té, která byla získána užíváním, musí být rovněž posouzena vzhledem k výrobkům nebo službám, pro které je zápis ochranné známky požadován nebo byl povolen, a s přihlédnutím k předpokládanému vnímání běžně informovaného a přiměřeně pozorného a obezřetného průměrného spotřebitele dotčené kategorie výrobků nebo služeb (viz rozsudky ze dne 21. dubna 2010, Vyobrazení části sklíčidla, T-7/09, nezveřejněný, EU:T:2010:153, bod 42 a citovaná judikatura, a ze dne 24. února 2016, Tvar konturované láhve bez drážek, T-411/14, EU:T:2016:94, bod 71 a citovaná judikatura).

29 Z judikatury rovněž vyplývá, že důkaz o rozlišovací způsobilosti získané užíváním nelze podat na základě izolovaných údajů, jako např. pouhým předložením objemů prodejů dotčených výrobků nebo služeb a reklamních materiálů. Rovněž ani pouhá skutečnost, že označení bylo na území Unie užíváno již určitou dobu, nestačí k prokázání, že veřejnost, které jsou dotčené výrobky nebo služby určeny, jej vnímá jako označení obchodního původu [v tomto smyslu viz rozsudky ze dne 12. září 2007, Glaverbel v. OHIM (Struktura povrchu skla), T-141/06, nezveřejněný, EU:T:2007:273, body 41 a 42, a ze dne 24. února 2016, Tvar konturované láhve bez drážek, T-411/14, EU:T:2016:94, bod 72].

30 V této souvislosti je třeba uvést, že získání rozlišovací způsobilosti užíváním musí být prokázáno díky „užívání ochranné známky jako ochranné známky“, to znamená užívání ochranné známky pro účely toho, aby výrobky nebo služby, na které se ochranná známka vztahuje, byly zúčastněnými kruhy identifikovány jako pocházející od podniku, který tuto ochrannou známku užívá (v tomto smyslu obdobně viz rozsudek ze dne 7. července 2005, Nestlé, C-353/03, EU:C:2005:432, body 26 a 29).

31 Právě s ohledem na tyto zásady je třeba posoudit jediný žalobní důvod, avšak nejprve je třeba podat určitá upřesnění k relevantnímu území a jednotlivým dotčeným výrobkům a službám.

32 V části napadeného rozhodnutí konstatující popisný charakter a nedostatek inherentní rozlišovací způsobilosti sporné ochranné známky odvolací senát uvedl, že vzhledem k významu prvku „bet“ v angličtině byly popisný charakter a nedostatek inherentní rozlišovací způsobilosti prokázány pro anglofonní spotřebitele v Unii, bez upřesnění konkrétních zemí (body 16 a 32). Nicméně v části napadeného rozhodnutí věnované přezkumu získání rozlišovací způsobilosti sporné ochranné známky užíváním měl odvolací senát za to, že dotčené relevantní území, posuzované ke dni podání přihlášky k zápisu v roce 2007, zahrnovalo Dánsko, Irsko, Nizozemsko, Finsko, Švédsko a Spojené království, kde se hovoří anglicky nebo je angličtina v široké míře známá (body 52 a 55 napadeného rozhodnutí). V rámci projednávané žaloby EUIPO a vedlejší účastník ve vyjádřeních k žalobě tvrdí, že vymezení

relevantního území mělo být širší. EUIPO v tomto ohledu tvrdí, že důkaz o získání rozlišovací způsobilosti sporné ochranné známky užíváním měl být podán pro všechny členské státy, v nichž má relevantní veřejnost přinejmenším pasivní znalost angličtiny. Vedlejší účastník tvrdí, že většina spotřebitelů v Unii má přinejmenším základní znalost angličtiny, a že se tedy analýza získání rozlišovací způsobilosti užíváním měla vztahovat na všechny členské státy.

33 V této souvislosti je třeba podotknout, že odvolací senát nepochybil tím, že v části napadeného rozhodnutí, která se týká přezkumu získání rozlišovací způsobilosti sporné ochranné známky užíváním, v podstatě shledal, že se tento přezkum musí omezit pouze na členské státy Unie, v nichž převážná část spotřebitelů aktivně používá angličtinu nebo jí rozumí, a je tudíž schopna pochopit smysl výrazu „bet365“. Argumentace uplatněná EUIPO a vedlejším účastníkem k této otázce nemůže být přijata, neboť by vedla k nesprávnému závěru, že takovéto porozumění uvedenému výrazu existuje rovněž u podstatné části relevantní veřejnosti v zemích, kde spotřebitelé angličtinu v široké míře aktivně nepoužívají nebo jí nerozumí.

34 Je však rovněž třeba podotknout, že odvolací senát v bodě 54 napadeného rozhodnutí zdůraznil, že je třeba vzít v úvahu přistoupení Kyperské republiky a Republiky Malta k Evropskému společenství dne 1. května 2004. Odvolací senát konstatoval, že angličtina je v těchto dvou členských státech v široké míře aktivně používána a porozuměna, zároveň však v bodě 55 napadeného rozhodnutí upřesnil, že není namístě tyto členské státy zahrnout do relevantního území pro účely analýzy získání rozlišovací způsobilosti sporné ochranné známky užíváním. Tento postoj založil na čl. 165 odst. 4 písm. a) nařízení č. 207/2009 [nyní čl. 209 odst. 4 písm. a) nařízení 2017/1001], přičemž měl za to, že z tohoto ustanovení vyplývá, že ochranná známka Evropské unie nemůže být prohlášena za neplatnou podle článku 52 uvedeného nařízení, pokud se důvody neplatnosti staly uplatnitelnými pouze z důvodu přistoupení nového členského sátu.

35 Tato analýza týkající se Kyperské republiky a Republiky Malta je přitom stižena nesprávným právním posouzením. Z článku 165 odst. 1 a 4 nařízení č. 207/2009 [čl. 165 odst. 1, nyní čl. 209 odst. 1 nařízení 2017/1001] totiž vyplývá, že důkaz o rozlišovací způsobilosti získané užíváním musí být předložen pouze pro státy, které byly členy Unie ke dni podání přihlášky sporné ochranné známky [viz rozsudek ze dne 23. února 2016, Consolidated Artists v. OHIM – Body Cosmetics International (MANGO), T-761/14, nezveřejněný, EU:T:2016:91, bod 16 a citovaná judikatura]. To vyplývá ze skutečnosti, že se zásada zakotvená v čl. 165 odst. 4 písm. a) nařízení č. 207/2009 vztahuje na ochranné známky uvedené v čl. 165 odst. 1 zmíněného nařízení, tj. ochranné známky zapsané nebo přihlášené podle nařízení č. 207/2009 přede dnem přistoupení dotyčného členského státu nebo dotyčných členských států. Tato zásada se však v projednávané věci neuplatní, pokud jde o přistoupení Kyperské republiky a Republiky Malta, neboť oba tyto státy již byly členy Evropského společenství dne 23. května 2007, což je den, kdy žalobkyně podala přihlášku sporné ochranné známky k zápisu jako ochranné známky Evropské unie.

36 Pokud jde o jednotlivé výrobky a služby, na které se vztahuje sporná ochranná známka, jak uvedl odvolací senát v bodě 76 napadeného rozhodnutí, aniž to bylo v rámci projednávané žaloby popřeno, žalobkyně nepředložila důkazy o získání rozlišovací způsobilosti sporné ochranné známky užíváním pro výrobky a služby náležející do tříd 9, 28, 35, 36, 38 a 42. I když některé z těchto výrobků nebo služeb mají spojitost se službami sázek a hazardních her náležejícími do třídy 41 a vyjmenovanými v zápise, vzhledem k neexistenci jakéhokoli důkazu, který by dokládal byť jen to, že uvedená ochranná známka byla užívána pro tyto výrobky nebo služby, není myslitelné, aby se na ten či onen výrobek nebo službu vztáhly závěry, jež budou učiněny níže o výše zmíněných služeb sázek a hazardních her, pro které naopak byly předloženy důkazy dokládající získání rozlišovací způsobilosti této ochranné známky užíváním. Za těchto podmínek se již nyní jeví, že napadené rozhodnutí nemůže být zrušeno v rozsahu, v němž se týká výrobků a služeb vyjmenovaných v napadeném zápisu, jež náleží to tříd 9, 28, 35, 36, 38 a 42, a následující analýza Tribunálu se tedy týká pouze služeb sázek a hazardních her náležejících do třídy 41 a vyjmenovaných v tomto zápisu.

37 Zásady připomenuté v bodech 25 až 30 výše vedou k tomu, aby nejprve bylo posouzeno, zda nezávisle na rozsahu relevantního území, které musí být v projednávané věci zohledněno, některé důkazy předložené žalobkyní jsou či nejsou takové povahy, aby přispívaly k prokázání získání rozlišovací způsobilosti sporné ochranné známky užíváním. Případně bude prozkoumáno, zda důkazy předložené žalobkyní jsou či nejsou, s ohledem na jejich obsah, dostačující k učinění závěru, že případné nesprávné právní posouzení nebo právní kvalifikace, kterých se v souvislosti s nimi mohl odvolací senát dopustit, zneplatňují jeho závěr o nedostatku rozlišovací způsobilosti sporné ochranné známky získané užíváním.

38 Pokud jde o první aspekt, vyvstává nejprve otázka, zda je možné se opřít o užívání obrazových ochranných známek nebo ochranných známek složených z několika slovních prvků zahrnujících slovní ochrannou známku, v projednávané věci spornou ochrannou známku, k prokázání skutečnosti, že tato ochranná známka získala rozlišovací způsobilosti užíváním. V bodech 56 a 57 napadeného rozhodnutí podal odvolací senát na tuto otázku zápornou odpověď, když uvedl, že některé doklady předložené žalobkyní vyobrazují obrazová označení a barvy, jež si žalobkyně nechala zapsat, nebo ochrannou známku bet365 Bingo, a nikoli spornou ochrannou známku. Žalobkyně toto stanovisko kritizuje v rámci třetí řady argumentů uvedené v bodě 21 výše, když zpochybňuje, že užívání obrazových nebo „rozšířených“ forem sporné ochranné známky nepředstavuje užívání této ochranné známky.

39 Stanovisko odvolacího senátu nezohledňuje skutečnost, že bylo rozhodnuto, jak správně zdůrazňuje žalobkyně a EUIPO uznal ve vyjádření k žalobě, že získání rozlišovací způsobilosti ochranné známky užíváním nutně nevyžaduje, aby tato ochranná známka byla užívána samostatně, ale může vyplývat z jejího užívání jako součásti jiné zapsané ochranné známky nebo z jejího užívání ve spojení s jinou zapsanou ochrannou známkou, pokud v obou těchto případech zúčastněné kruhy v důsledku tohoto užívání vnímají výrobky nebo služby označené pouze přezkoumávanou ochrannou známkou jako pocházející od určitého podniku, který tuto ochrannou známku užívá jako součást jiné ochranné známky nebo společně s jinou ochrannou známkou (v tomto smyslu obdobně viz rozsudky ze dne 7. července 2005, Nestlé, C-353/03, EU:C:2005:432, body 27 až 32, a ze dne 16. září 2015, Société des Produits Nestlé, C-215/14, EU:C:2015:604, body 64 a 66). V projednávané věci několik důkazů předložených žalobkyní obsahuje slovní prvek „bet365“, který tvoří spornou ochrannou známku, a to užívaný buď samostatně s různou typografií a barvami, nebo jako součást slovních spojení nebo obrazových ztvárnění, jako např. „bet365bingo“ a „ bet365.com“, nebo obsahuje vyobrazení spojující uvedený slovní prvek se zvláštními barvami, grafikou nebo obrazovými prvky a s barevným pozadím, které tvoří jiné zapsané ochranné známky žalobkyně (viz např. ztvárnění vyobrazená v bodě 56 napadeného rozhodnutí). Není důvod k tomu, aby tato užívání prvku „bet365“ byla svojí povahou považována za nezpůsobilá přispívat k prokázání získání rozlišovací způsobilosti sporné ochranné známky užíváním, a to tím spíše, že tato ochranná známka je slovní ochrannou známkou, u které nelze v podstatě předvídat veškerá ztvárnění a užívání, pokud spadají pod užívání sporného označení jako ochranné známky, což bude ověřeno níže. Například lze jen těžko zpochybnit, že užívání obrazové ochranné známky tvořené prvkem „bet365“ v barevném provedení na pozadí jiné barvy jako ochranné známky umožňuje veřejnosti, pokud si vytvoří spojitost mezi touto obrazovou ochrannou známkou a výrobky nebo službami žalobkyně, vytvořit si tutéž spojitost i mezi spornou ochrannou známkou užívanou samostatně pro téže účely a uvedenými výrobky nebo službami.

40 Odvolací senát se tedy dopustil nesprávného právního posouzení tím, že nezohlednil důkazy obsahující obrazové ochranné známky nebo ochranné známky složené z několika slovních prvků obsahujících spornou ochrannou známku při posuzování, zda tato ochranná známka získala rozlišovací způsobilost užíváním.

41 Další otázky které též souvisí se třetí řadou argumentů předloženou žalobkyní a uvedenou v bodě 21 výše, vyvstávají ohledně závěrů, které je třeba vyvodit ze skutečnosti, že žalobkyně užívá slovní prvek „bet365“ rovněž jako součást názvu své internetové stránky dostupné na adrese „www.bet365.com“, a dosahu, který je třeba přiznat důkazům, jež žalobkyně předložila k užívání své internetové stránky, nebo důkazům pocházejícím z této stránky. Konkrétně v bodě 77 napadeného rozhodnutí odvolací

senát uvedl, že „užívání dotčené ochranné známky jako názvu domény […] nepředstavuje užívání ochranné známky jako ochranné známky identifikující a rozlišující výrobky a služby majitele“. Žalobkyně uznává, že pouhé užívání sporné ochranné známky jako názvu internetové domény nestačí k prokázání jejího užívání jako ochranné známky, ale tvrdí, že v projednávané věci předložila četné důkazy o užívání své ochranné známky umožňujícím identifikovat obchodní původ jejích služeb sázek a hazardních her nabízených na internetu.

42 V tomto ohledu z ustálené judikatury vyplývá, že není nemožné užívat tentýž prvek jako ochrannou známku a v rámci jiného užívání, např. jako celý název internetové stránky nebo jeho část. Označení, které plní i jiné funkce, než je funkce ochranné známky, má nicméně rozlišovací způsobilost ve smyslu článku 7 nebo čl. 52 odst. 2 nařízení č. 207/2009 pouze tehdy, když může být relevantní veřejností vnímáno bez dalšího jako označení obchodního původu dotčených výrobků nebo služeb, aby relevantní veřejnost mohla bez možnosti záměny odlišit výrobky nebo služby majitele ochranné známky od výrobků nebo služeb, které mají jiný obchodní původ [rozsudky ze dne 5. prosince 2002, Sykes Enterprises v. OHIM (REAL PEOPLE, REAL SOLUTIONS), T-130/01, EU:T:2002:301, bod 20, a ze dne 21. listopadu 2012, Getty Images v. OHIM (PHOTOS.COM), T-338/11, nezveřejněný, EU:T:2012:614, bod 58]. Je rovněž třeba připomenout, že rozlišovací způsobilost označení musí být posuzována vzhledem k výrobkům nebo službám, pro které je zápis požadován nebo byl povolen, a také vzhledem k jejich vnímání relevantní veřejností (rozsudek ze dne 5. prosince 2002, REAL PEOPLE, REAL SOLUTIONS, T-130/01, EU:T:2002:301, bod 21). Tyto úvahy platí jak pro inherentní rozlišovací způsobilost, tak pro rozlišovací způsobilost získanou užíváním, které jsou alternativně vyžadovány k tomu, aby ochranná známka mohla být platně zapsána.

43 V projednávané věci se odvolací senát dopustil nesprávného právního posouzení tím, že v bodě 77 napadeného rozhodnutí vyloučil, že by užívání sporné ochranné známky jako názvu internetové domény mohlo představovat užívání známky „jako ochranné známky“. Vše totiž závisí na dokumentech a informacích předložených v tomto ohledu a na tom, jaký mají přínos pro posouzení vnímání relevantní veřejnosti, která vidí nebo užívá prvky „bet365“ nebo „bet365.com“ v rámci užívání internetu.

44 V tomto ohledu je třeba vzít v úvahu skutečnost, že zaprvé žalobkyně jako jediná užívá prvek „bet365“ pro uvádění hazardních her a sázek na trh, zadruhé, jak potvrdila na jednání, aniž to bylo zpochybněno, tento prvek se nachází ve všech ochranných známkách, které žalobkyně užívá k obecnému označení svých služeb, zatřetí její internetová stránka je jejím hlavním prodejním kanálem pro hazardní hry a sázky, začtvrté v tomto odvětví je většina ochranných známek užívaných on-line provozovateli, stejně jako sporná ochranná známka, inherentně popisných a zapáté je obecně známo, že sázející a hráči jsou v převážné většině pravidelnými zákazníky. Je proto důvodné se domnívat, že kromě některých nových hráčů nebo sázejících, kteří hrají nebo sázejí poprvé, zákazník, který se připojí na internetovou stránku žalobkyně na adrese „www.bet365.com“, tak nečiní náhodou a užívá spornou ochrannou známku nebo z ní odvozené ochranné známky jako identifikátor služeb nabízených žalobkyní, v protikladu ke službám, které jsou nabízeny konkurenty žalobkyně, ze stejného důvodu jako zákazník, který vejde do obchodu označeného názvem odpovídajícím ochranné známce výrobků nebo služeb, které hledá a které se v tomto obchodě prodávají.

45 Daná situace není obdobná situacím posuzovaným ve věcech, ve kterých byly vydány rozsudky ze dne 13. května 2009, Schuhpark Fascies v. OHIM – Leder & Schuh (jello SCHUHPARK) (T-183/08, nezveřejněný, EU:T:2009:156), a ze dne 18. ledna 2011, Advance Magazine Publishers v. OHIM – Capela & Irmãos (VOGUE) (T-382/08, nezveřejněný, EU:T:2011:9), na které poukázal EUIPO na jednání a v nichž umístění obchodních názvů odpovídajících ochranným známkám dotčeným v uvedených věcech ve výkladech obchodů neukázalo, že tyto ochranné známky jsou též ochrannými známkami, kterými byly označeny výrobky prodávané v těchto obchodech, v daném případě obuv, pro kterou bylo uplatňováno získání rozlišovací způsobilosti těchto ochranných známek užíváním.

46 Proto v kontextu a za okolností projednávané věci představují takové informace, jako je počet připojení k internetové stránce žalobkyně, umístění této internetové stránky v pořadí z hlediska návštěvnosti v různých zemích nebo počet případů, kdy sporná ochranná známka nebo z ní odvozené ochranné známky byly vyhledávány v internetovém vyhledávači, údaje, jež mohou přispívat k prokázání skutečnosti, že sporná ochranná známka získala rozlišovací způsobilost užíváním. Totéž může platit i pro výňatky z internetových stránek žalobkyně nebo jiných internetových stránek, v různých jazycích, na nichž se vyskytuje sporná ochranná známka nebo z ní odvozené ochranné známky, pokud dosah předložených důkazů může vypovídat o podstatném užívání sporné ochranné známky jako ochranné známky.

47 Je navíc třeba zdůraznit, že ve věcech týkajících se internetových stránek, které vedly k vydání rozsudků zmíněných EUIPO ve vyjádření k žalobě [rozsudky ze dne 21. června 2012, Fruit of the Loom v. OHIM – Blueshore Management (FRUIT), T-514/10, nezveřejněný, EU:T:2012:316, body 59 až 67; ze dne 21. listopadu 2012, PHOTOS.COM, T-338/11, nezveřejněný, EU:T:2012:614, body 48 až 61, a ze dne 19. listopadu 2014, Out of the blue v. OHIM – Dubois a další (FUNNY BANDS), T-344/13, nezveřejněný, EU:T:2014:974, body 26 až 31], se důkazy předložené majiteli dotčených ochranných známek nebo práv nebo kontext a okolnosti velmi lišily od těch v projednávané věci. V první z těchto věcí, která se týkala řízení o zrušení ochranné známky Evropské unie FRUIT, totiž majitel této ochranné známky měl sice internetovou stránku na adrese „www.fruit.com“, ale nepodal žádný důkaz o skutečném užívání této ochranné známky, a to ani na základě informací poskytnutých na této internetové stránce uvádějících jinou ochrannou známku. Předmětná internetová stránka tedy neplnila obchodní funkci, ani čistě reklamní, ve vztahu k výrobkům, na které se vztahovala dotčená ochranná známka. Ve druhé z uvedených věcí, která se týkala zamítnutí zápisu ochranné známky Evropské unie PHOTOS.COM, ačkoli přihlašovatel uváděl na trh fotografie prostřednictvím internetové stránky na adrese „www.photo.com“, odvolací senát a Tribunál měly za to, že důkazy předložené uvedeným přihlašovatelem k prokázání skutečnosti, že dotčená ochranná známka získala rozlišovací způsobilosti užíváním, byly buď nedostačující nebo irelevantní z hlediska zeměpisného, kvantitativního nebo časového, nebo nevhodné k prokázání spojitosti mezi využitím této stránky a identifikací obchodního původu fotografií, které byly na této stránce nabízeny a případně prodávány. Tribunál však uvedl, že zápis ochranné známky složené z označení nebo údajů, které jsou mimoto užívány k označení názvu domény, není vyloučen. Konečně ve třetí věci, která se týkala řízení o námitkách podaných proti zápisu ochranné známky Evropské unie FUNNY BANDS z důvodu dřívější existence totožného nezapsaného obchodního názvu převzatého v názvu internetové domény „www.funny-bands.com“, se osoba podávající námitky snažila prokázat užívání uvedeného názvu, jehož rozsah nebyl pouze místní. Pokud jde však o internetovou stránku nacházející se na odpovídající adrese, osoba podávající námitky prokázala pouze existenci této stránky a předložila několik ukázek jejího obsahu, avšak nepodala žádný důkaz, který by umožnil posoudit rozsah jejího obchodního užívání. Tribunál v tomto ohledu uvedl, že rozsah obchodního užívání lze prokázat zejména na základě určitého počtu připojení na stránku, e-mailů obdržených prostřednictvím této stránky nebo objemu uzavřených obchodů.

48 Nesprávné právní posouzení, jehož se odvolací senát dopustil ohledně užívání sporné ochranné známky jako názvu internetové domény, jej vedlo k tomu, že neprávem nezohlednil důkazy týkající se užívání internetové stránky žalobkyně nebo z ní pocházející.

49 Vyvstává též otázka, s ohledem na třetí řadu argumentů předloženou žalobkyní a uvedenou v bodě 21 výše, ohledně skutečnosti, že si žalobkyně zvolila prvek „bet365“, který odpovídá sporné ochranné známce, jako obchodní firmu. Podle odvolacího senátu ukazují výňatky z tisku předložené žalobkyní pouze užívání tohoto prvku jako obchodní firmy, ale nikoli jako ochranné známky, jak bylo uvedeno v bodě 79 napadeného rozhodnutí. Žalobkyně tvrdí, jak konstatovalo i zrušovací oddělení, že osoby, kterým jsou určeny služby sázek a hazardních her, nemají při setkání se spornou ochrannou známkou pochybnosti o tom, že tato známka označuje obchodní původ služeb, které jim jsou nabízeny žalobkyní, a nikoli že na ni odkazuje pouze jako na společnost.

50 V této souvislosti je třeba uvést, že se uplatní stejné zásady, jaké byly připomenuty v bodě 42 výše ohledně souběžného užívání téhož prvku jako ochranné známky a v rámci jiného užívání.

51 V projednávané věci mohou obecné informace, zejména finanční, o žalobkyni v hospodářském tisku nebo individualizovanější informace o vedoucích pracovnících této společnosti jen stěží názorně vypovídat o užívání sporné ochranné známky, přestože mohou případně poskytnout nepřímé informace o úspěšnosti této ochranné známky a z ní odvozených ochranných známek, neboť všechny ochranné známky, které žalobkyně obecně užívá k identifikaci svých služeb, užívají prvek „bet365“, jak již bylo konstatováno v bodě 44 výše. Naproti tomu, výskyt tohoto prvku, ilustrovaný ve spise předloženém odvolacímu senátu, ve sportovním tisku nebo tisku specializovaném na oblast her a sázek, např. souvisejícím se sázkovými kurzy, srovnáním služeb nabízených různými poskytovateli nebo též v rámci sponzorství sportovních událostí, jež představuje podklad sázek, jasně vypovídá o užívání uvedeného prvku jako ochranné známky pro označení původu nabízených nebo zmiňovaných služeb, pro odlišení těchto služeb od služeb konkurentů žalobkyně a případně pro jejich propagaci.

52 Odvolací senát se tedy dopustil nesprávné právní kvalifikace skutečností, které mu byly předloženy, když v bodě 79 napadeného rozhodnutí vyloučil, že výňatky z tisku předložené žalobkyní mohou, přinejmenším částečně, vypovídat o užívání sporné ochranné známky jako ochranné známky.

53 S ohledem na první řadu argumentů uplatněnou žalobkyní a uvedenou v bodě 21 výše je rovněž třeba přezkoumat posouzení obsažené v bodech 70 až 73 napadeného rozhodnutí a zpochybňované žalobkyní, kterým odvolací senát zpochybnil relevanci údajů o obratu, částkách sázek nebo o investicích do reklamy, které žalobkyně uplatnila jako skutečnosti, jež by mohly přispívat k prokázání, že sporná ochranná známka získala rozlišovací způsobilost užíváním, z důvodu, že neodkazují na konkrétní výrobky nebo služby, ačkoli zápis sporné ochranné známky byl povolen pro celou řadu výrobků a služeb a neomezoval se na hazardní hry a sázky *stricto sensu*.

54 Proti tomuto obecnému posouzení odvolacího senátu nelze v principu nic namítat. Nicméně s ohledem na skutečnost, že sporná ochranná známka a z ní odvozené ochranné známky jsou jako jediné užívány žalobkyní jako ochranné známky umožňující obecně identifikovat její hazardní hry a sázky, jak bylo konstatováno v bodě 44 výše, pokud předložené částky mohou přiměřeně být přiřazeny hlavně k hazardním hrám a sázkám, musí být potom pro tyto služby zohledněny. Například částky sázek, investice do reklamy, zejména investice související se sponzorstvím, nebo částky vyplácené přidruženým internetovým stránkám, které přesměrovávají hráče a sázející na internetovou stránku žalobkyně, se zcela nebo zčásti vztahují k hazardním hrám a sázkám uváděným na trh žalobkyní pod spornou ochrannou známkou nebo z ní odvozenými ochrannými známkami. Pro tyto služby mohou tedy dotčené údaje přispívat k prokázání skutečnosti, že sporná ochranná známka získala rozlišovací způsobilost užíváním.

55 Odvolací senát se tudíž dopustil též chyby při právní kvalifikaci skutečností, když tyto údaje vyloučil ze svého posouzení.

56 Vzhledem k tomu, že tyto principiální otázky byly projednány, je nyní třeba posoudit výtky uplatněné žalobkyní vůči napadenému rozhodnutí, s ohledem na konkrétní důkazy, které žalobkyně předložila odvolacímu senátu.

57 Žalobkyně v rámci první řady argumentů uvedené v bodě 21 výše tvrdí, že odvolací senát nevzal dostatečně v úvahu výňatky z tisku, které vypovídaly o užívání sporné ochranné známky v několika zemích spadajících do relevantního území, a nikoli pouze ve Spojeném království.

58 Příloha JC 16 předložená žalobkyní u EUIPO obsahuje četné výňatky z tisku z období od července 2001 do května 2007, které zmiňují sázkové kurzy nebo komentáře novinářů či bookmakerů, v rámci nichž je žalobkyně identifikována pod názvem „bet365“ nebo případně pod názvem „bet365.com“. V těchto článcích je rovněž pojednáno o sponzorovaných sportovních událostech nesoucích název, jenž

obsahuje prvek „bet365“. Takovéto výskyty uvedeného prvku vypovídají o jeho užívání jako ochranné známky, neboť zmínky tohoto druhu umožňují identifikovat, jaký provozovatel nabídl ten či onen sázkový kurz nebo učinil ten či onen komentář k závodníku účastnícímu se dané události, nebo též jaký provozovatel sázek sponzoruje sportovní událost, která je podkladem pro sázky (např. dokumenty 4, 209 nebo 248 ze 431 dokumentů pocházejících z anglického tisku, nebo dokumenty 2, 4, 33 nebo 115 ze 163 dokumentů pocházejících z irského tisku). Jiné výňatky z tisku obsažené v této příloze se sice vztahují k užívání prvku „bet365“ „jako obchodní firmy“, jejich počet je však převážně menšinový (např. dokument 6 ze 431 dokumentů pocházejících z anglického tisku, který obsahuje žebříček nejúspěšnějších milionářů, mezi kterými se vyskytují i vlastníci žalobkyně, nebo dokumenty 76 a 77 ze 431 dokumentů pocházejících z anglického tisku, jež obsahuji informace a komentáře o různých společnostech).

59 Příloha JC 17 předložená žalobkyní u EUIPO obsahuje výňatky z tisku vztahující se na období od ledna 2007 do listopadu 2013. Uvedená příloha sice zahrnuje mezi výňatky z anglického tisku četné dokumenty ukazující užívání prvku „bet365“ jako obchodní firmy (např. dokumenty 13, 31, 46, 68, 105 a 156 ze 231 dokumentů), avšak mezi těmito výňatky zahrnuje i velké množství dokumentů odkazujících na sportovní události nesoucí název, který obsahuje prvek „bet365“, zejména koňské dostihy, dokumenty uvádějící sázkové kurzy žalobkyně (např. dokumenty 120 až 125, 157, 179 až 185 a 204 ze 231 dokumentů) a nejméně jeden článek zmiňující aplikaci bet365, která umožňuje hrát a sázet na mobilním telefonu (dokument 14 ze 231 dokumentů). Další 231 výňatky z tisku obsažené v příloze JC 17, jež pocházejí z irského tisku, obsahují především dokumenty, jež odkazují na sportovní události nesoucí název, který obsahuje prvek „bet365“, ale též dokumenty uvádějící sázkové kurzy žalobkyně, rovněž spolu s několika komentáři žalobkyně coby bookmakera (např. dokumenty 43 a 68 ze 231 dokumentů).

60 Přílohy JC 16 a JC 17 tudíž poskytují mnohočetné důkazy o užívání prvku „bet365 “ jako ochranné známky u relevantní veřejnosti v Irsku a ve Spojeném království z období od července 2001 do listopadu 2013.

61 Přílohy JC 18 (a) až JC 18 (g) předložené žalobkyní u EUIPO obsahují výňatky z tisku pocházející z internetového nebo klasického tisku v dalších sedmi členských státech. Tyto dokumenty obsahují nedatované srovnání kvality služeb sedmi provozovatelů her a sázek. Žalobkyně je v uvedených dokumentech označena spornou ochrannou známkou a jedním z jejích obrazových ztvárnění. Jsou v nich obsaženy rovněž články zveřejněné v letech 2007 až 2013 a jeden nedatovaný článek, jež jsou věnovány fotbalu a uvádějí sázkové kurzy nabízené žalobkyní pod názvem „bet365“ nebo obsahují reklamy na spornou ochrannou známku či internetovou stránku „bet365.com“. Konkrétně příloha JC 18 (c) obsahuje několik výňatků ze sportovního tisku pocházejících ze švédského tisku, jež byly zveřejněny v letech 2008 až 2012 a obsahují komentáře žalobkyně, která je v nich identifikována pod názvem bet365, jakož i sázkové kurzy nabízené žalobkyní. Uvedená příloha obsahuje též článek týkající se reklamní kampaně uskutečněné žalobkyní v roce 2013.

62 Přílohy JC 18 (a) až JC 18 (g) tak poskytují důkazy o užívání sporné ochranné známky jako ochranné známky, zejména ve Švédsku, které mohou přispívat k prokázání skutečnosti, že sporná ochranná známka získala v této zemi rozlišovací způsobilost užíváním.

63 Na rozdíl od toho, co tvrdil EUIPO na jednání, příslušelo odvolacímu senátu, aby dostatečně vyčerpávajícím způsobem tyto přílohy posoudil, alespoň ty přílohy, které se týkají zemí spadajících do území, které považoval za relevantní. Žalobkyně se totiž neomezila na to, že EUIPO předložila stovky výňatků z tisku bez jakéhokoli komentáře, neboť bod 11 prohlášení pana C. uváděl nejen původ těchto výňatků, ale i to, že ukazují užívání sporné ochranné známky jako ochranné známky, a případně upřesnil, že některé z těchto výňatků byly přeloženy do angličtiny. Článek 76 odst. 1 nařízení č. 207/2009 (nyní čl. 95 odst. 1 nařízení 2017/1001) ostatně uvádí, že v průběhu řízení zkoumá EUIPO skutečnosti z moci úřední. Výjimka z tohoto pravidla pro řízení týkající se relativních důvodů zamítnutí zápisu se v projednávané věci neuplatní, neboť řízení o prohlášení neplatnosti sporné ochranné známky

bylo zahájeno na návrh vedlejšího účastníka na základě absolutního důvodu neplatnosti, a nikoli na základě relativního důvodu neplatnosti. Kdyby měl odvolací senát za to, že je identifikace relevantních dokladů předložených žalobkyní příliš náročná vzhledem k objemu předložených příloh, mohl přinejmenším v rámci důkazních prostředků podle čl. 78 odst. 1 nařízení č. 207/2009 (nyní čl. 97 odst. 1 nařízení 2017/1001) požádat žalobkyni, aby je identifikovala přesněji.

64 Žalobkyně mimoto předkládá, stále v rámci první řady argumentů uvedené v bodě 21 výše, různé důkazy o užívání své internetové stránky k prokázání skutečnosti, že sporná ochranná známka získala rozlišovací způsobilost užíváním v různých zemích.

65 Předně zdůrazňuje, že její internetová stránka nabízející hazardní hry a sázky funguje v mnoha jazycích. Jak vyplývá z přílohy JC 4 předložené žalobkyní u EUIPO, internetová stránka žalobkyně totiž existuje od roku 2006, zejména v angličtině, dánštině a švédštině. Tyto poznatky představují indicie, že má žalobkyně významnou klientelu nejméně v jedné zemi, kde se těmito jazyky hovoří, neboť vytvoření a každodenní správa interaktivní internetové stránky v určitém jazyce vyžadují výdaje, které by v opačném případě nebyly odůvodněné.

66 Žalobkyně rovněž zdůrazňuje pořadí své internetové stránky z hlediska návštěvnosti v různých zemích, jak vyplývá z přílohy JC 5 předložené žalobkyní u EUIPO. V této souvislosti je nutno konstatovat, že vysoké pořadí z hlediska návštěvnosti může přispět k prokázání skutečnosti, že sporná ochranná známky, která je převzata v názvu internetové stránky žalobkyně, získala rozlišovací způsobilost užíváním v dotyčných zemích, neboť jak již bylo uvedeno v bodě 44 výše, kromě případů hráčů a sázejících, kteří hrají či sázejí poprvé, není připojení na internetovou stránku provozovatele hazardních her a sázek náhodné, ale je reakcí na přání zhlédnout na této stránce právě nabídky tohoto provozovatele a případně si vsadit. V projednávané věci tedy 33. místo ve Švédsku a 74. místo ve Spojeném království, jak vyplývají z přílohy JC 5, představuje indicie nasvědčující tomu, že sporná ochranná známka má v těchto zemích rozlišovací způsobilost získanou užíváním.

67 Takovéto indicie mohou být též vyvozeny z údajů o nových předplatitelích internetové stránky žalobkyně, jak vyplývají z přílohy JC 6 (b), kterou žalobkyně poskytla odvolacímu senátu. V každém období od roku 2008/2009 se ve Spojeném království registruje na této stránce několik stovek tisíců nových hráčů a sázejících (735 122 za období 2012/2013). Číselné údaje pro Dánsko uvádí několik desítek tisíců (85 183 nově registrovaných pro období 2012/2013). Číselné údaje pro zbytek Unie (kromě Španělska, u něhož byly údaje také individualizovány) jsou globalizovány a činí několik stovek tisíců nových hráčů a sázejících za každé období (901 835 nově registrovaných za období 2012/2013). Příloha JC 6 (a) předložená žalobkyní u EUIPO poskytuje starší údaje (období 2006/2007), ale umožňuje získat údaje podle jednotlivých zemí pro „zbytek Unie“, a sice 7 062 nových předplatitelů pro Finsko, 8 291 pro Irsko, 462 pro Nizozemsko a 59 322 pro Švédsko. Tyto informace se tudíž týkají nových hráčů a sázejících, kteří se registrují během určitého období na stránce žalobkyně, a byť je možné se domnívat, že někteří z nich se registrují zcela náhodou na této stránce věnované hrám a sázkám, a nikoli na jiných stránkách, lze rovněž důvodně předpokládat, že většina z nich tak nečiní náhodou, nýbrž tak činí na rady jiných hráčů či sázejících nebo po prostudování nabídky a po jejím případném porovnání s jinými nabídkami, nebo též že si přejí být zaregistrováni na několika stránkách různých provozovatelů, aby mohli podat sázky postupně podle toho, co považují za nabídku spojenou s nejvyšší šancí na výhru pro určitou sázku. V posledně zmíněných případech, které jsou nejpravděpodobnější, vypovídá registrace na stránce žalobkyně nacházející se na adrese „www.bet365.com“ o tom, že sporná ochranná známka nebo z ní odvozené ochranné známky byly užívány jako ochranné známky, neboť konkrétně umožňovaly identifikovat původ služeb, kterých bude možno díky registraci využít.

68 Ve stejném duchu žalobkyně rovněž správně poukazuje na některé důkazy, jež předložila k programu předplatného internetových stránek třetích osob, který podněcuje uživatele těchto internetových stránek k přesměrování na stránku žalobkyně. Vzhledem k tomu, že stránka třetí osoby, která umožnila přesměrování, a následně předplatné a první vklad uživatele internetu učiněný za účelem podání sázky

u žalobkyně, obdrží provizi od žalobkyně, částky těchto provizí a jejich rozdělení podle zemí mohou podat informaci o užívání sporné ochranné známky. Pokud je totiž uživatel internetu navigující na stránce třetí osoby upoután spornou ochrannou známkou nebo z ní odvozenými ochrannými známkami, jež jsou doprovázeny reklamními prvky, natolik, že si následně zřídí předplatné u žalobkyně prostřednictvím její internetové stránky, a následně učiní první vklad, znamená to, že sporná ochranná známka plní svou úlohu jako ochranná známka identifikující konkrétní nabídku služeb, na niž má uživatel internetu v úmyslu reagovat. V tomto ohledu příloha JC 30 předložená žalobkyní u EUIPO uvádí, že za každé období od období 2007/2008 je ve Spojeném království vyplaceno přidruženým stránkám několik milionů britských liber. Číselný údaj pro Dánsko překračuje milion britských liber za období 2012/2013. Číselné údaje pro zbytek Unie (kromě Španělska) jsou globalizovány a činí několik desítek milionů britských liber od období 2010/2011. Přinejmenším pro individualizované země podávají tyto částky jasný údaj o tom, že sporná ochranná známka nebo z ní odvozené ochranné známky jsou užívány pro uvádění hazardních her a sázek žalobkyně na trh.

69 Naproti tomu pouhý počet přesměrování z internetových stránek třetích osob na internetovou stránku žalobkyně nepodává spolehlivý údaj o užívání sporné ochranné známky k identifikaci služeb žalobkyně, neboť v tomto stadiu postupu uživatele internetu je s ohledem na popisný charakter sporné ochranné známky vysoce pravděpodobné, že se z jeho strany jedná o náhodné připojení, k němuž dochází ještě předtím, než se dotyčný uživatel konkrétně seznámí s obsahem nabídky.

70 Žalobkyně se též opírá o vybrané částky sázek, jak vyplývají z přílohy JC 10 (a), kterou předložila u EUIPO. V tomto ohledu vyplývají z této přílohy pro období 2012/2013 zejména částky činící několik miliard britských liber ve Spojeném království, stovky milionů britských liber v Dánsku a několik miliard britských liber pro zbytek Unie (kromě Španělska). Tyto částky podávají přinejmenším pro individualizované země jasný údaj o tom, že sporná ochranná známka nebo z ní odvozené ochranné známky jsou užívány k uvádění hazardních her a sázek žalobkyně na trh, neboť je nezbytné, aby hráč nebo sázející užívali prvek „bet365“ pro podávání sázek.

71 Pokud jde o výdaje na reklamu zdůrazněné žalobkyní, jak se vyskytují v příloze JC 19, kterou žalobkyně předložila u EUIPO, lze vyvodit stejné závěry jako v případě částek sázek (viz bod 70 výše). Údaje se týkají různých období počínaje obdobím 2006/2007 a uvádějí několik milionů britských liber, či dokonce několik desítek milionů britských liber výdajů na reklamu za každé období jak v Dánsku, tak ve Spojeném království. Výše výdajů na reklamu ve zbytku Unie (kromě Španělska) též dosahuje několika milionů britských liber za každé období, ale není individualizována podle jednotlivých zemí. Tyto částky podávají přinejmenším pro individualizované země jasný údaj o tom, že sporná ochranná známka nebo z ní odvozené ochranné známky jsou užívány k propagaci uvádění hazardních her a sázek žalobkyně na trh, neboť tyto ochranné známky jsou jedinými, které žalobkyně užívá k obecné identifikaci svých služeb hazardních her a sázek. Další důkazy, které žalobkyně předložila u odvolacího senátu k reklamám používajícím spornou ochrannou známku a z ní odvozené ochranné známky, mohou představovat indicie nasvědčující tomu, že sporná ochranná známka získala rozlišovací způsobilost užíváním, zejména mimo Spojené království. Přílohy JC 20 (a) až JC 20 (e) předložené žalobkyní u EUIPO poskytují četné kopie reklam na sportovní sázky, vyhotovených v jazycích dotčených zemí, které se objevily v letech 2007 až 2013, zejména v anglickém, dánském a švédském psaném tisku. Příloha JC 21 (a) předložená žalobkyní u EUIPO obsahuje příklady scénářů televizních reklam, jež byly vysílány v angličtině nebo v jazyce dotyčné země v Dánsku, Švédsku a Spojeném království. Prohlášení pana C. (body 14.1 až 14.22) obsahuje fotografie televizních reklam, které byly vysílány v Dánsku, Švédsku a Spojeném království, a DVD přiložené k vyjádření žalobkyně předloženému odvolacímu senátu obsahuje živé výňatky z těchto reklam, v nichž se objevují slavní umělci. Příloha JC 21(b) předložená žalobkyní u EUIPO obsahuje několik reklamních scénářů v angličtině, jež byly *a priori* určeny k rozhlasovému vysílání ve Spojeném království. Příloha JC 25 předložená žalobkyní u EUIPO obsahuje příklady krátkých televizních reklam vysílaných v letech 2009 až 2014 v Dánsku, Švédsku a ve Spojeném království.

72 Naproti tomu prohlášení pana C. (body 17 a násl.), vykládané ve spojení s přílohou JC 23 předloženou žalobkyní u EUIPO, z nichž může být podle žalobkyně dovozeno, že reklama prováděná na fotbalových hřištích je viditelná v celé Unii v televizi, nepodává ve skutečnosti dostatečně přesné informace o vysílání této reklamy v různých zemích Unie, na rozdíl od toho, co patrně tvrdil odvolací senát v bodě 58 napadeného rozhodnutí. Jsou v něm totiž uvedeny pouze celkové hodinové objemy vysílání pro celou Unii, které neumožňují žádné rozlišení podle jednotlivých zemí. Totéž platí pro důkazy, které žalobkyně předložila EUIPO pro ilustraci reklamního užívání sporné ochranné známky nebo z ní odvozených ochranných známek prostřednictvím činností fotbalového klubu Stoke City FC, zejména fotografie obsažené v příloze JC 29. I když je pravděpodobné, že fotbalové zápasy Premier League, kterých se tento klub účastní, mohou být zhlédnuty na televizním kanálu ve všech zemích Unie, tyto fotografie hráčů, hřišť nebo doplňků nepodávají žádný údaj o skutečném vysílání této reklamy v různých zemích Unie. Novinové články obsažené v příloze JC 29 (b) předložené žalobkyní u EUIPO, pocházející z novin v Irsku a ve Spojeném království, rovněž nepodávají v tomto směru žádný údaj.

73 Žalobkyně rovněž v rámci druhé řady argumentů uvedené v bodě 21 výše zdůrazňuje některé poznatky plynoucí z prohlášení pana H. a přílohy CH 1 k tomuto prohlášení. Tyto poznatky jsou však povětšině stejné jako poznatky již uvedené v prohlášení pana C. a v jeho přílohách. Pan H. potvrzuje například reklamní úsilí vynaložené žalobkyní v Dánsku, Švédsku a Spojeném království. Takovýto přínos od externí osoby ve vztahu k žalobkyni může zajisté posílit věrohodnost prohlášení a důkazů předložených žalobkyní, avšak nemění meritorní posouzení, jež může být ve vztahu k nim učiněno, budou-li považovány za pravdivé. Byť potvrzené panem H., důkazy předložené ke sponzorství fotbalového klubu Stoke City FC mají, jak bylo vysvětleno v bodě 72 výše, pouze omezenou hodnotu na to, aby přispívaly k prokázání skutečnosti, že sporná ochranná známka získala rozlišovací způsobilost užívání na celém dotčeném území. Důkazy předložené k úspěšnosti žalobkyně, kterou zdůraznil pan H., mohou nanejvýš nepřímo potvrdit obchodní úspěch ochranné známky stejného názvu a z ní odvozených ochranných známek, které žalobkyně užívá jako jediné k obecné identifikaci svých služeb hazardních her a sázek, aniž by s ohledem na jejich velmi obecnou povahu mohly skutečně přispívat k tomuto prokázání.

74 Kromě toho je třeba poznamenat, že některé důkazy zmíněné v bodech výše sice samy o sobě neobsahují veškeré informace, které by bez dalšího umožnily jim přiznat nevyvratitelný charakter. Například kopie reklam pro dánská a švédská tištěná média, pocházející z přílohy JC 20, nejsou předloženy prostřednictvím kopií stránek novin, v nichž byly otištěny, jak na to ostatně poukazuje pan C. ve svém prohlášení (bod 13.7), když uvádí, že se může jednat o nátisky. Rovněž mnohé údaje předložené žalobkyní zejména o vybraných sázkách nebo výdajích žalobkyně na reklamu pocházejí z čistě interních zdrojů. Nicméně důkazy pocházející z jiných zdrojů než od žalobkyně nebo stěží zpochybnitelné jsou četné: například úplné výňatky ze švédského tisku; srovnávací studie o užívání internetových stránek v různých zemích, která řadí stránku žalobkyně na 33. místo ve Švédsku a na 74. místo ve Spojeném království; skutečnost, že internetová stránka žalobkyně existuje v angličtině, dánštině a švédštině; fotografie a živé výňatky z televizních reklam vysílaných v Dánsku, Švédsku a Spojeném království, v nichž se objevuje několik slavných umělců (ilustrované body 14.1 až 14.22 prohlášení pana C. a na DVD přiloženém k vyjádření žalobkyně předloženému u odvolacího senátu); mnohé výňatky z tisku, které stejně jako výňatky z žebříčku *Sunday Times* předložené v příloze CH 1 prohlášení pana H. poukazují na obchodní úspěch žalobkyně, již odvolací senát v napadeném rozhodnutí označil za „vzkvétající a dobře známou [a čítající] miliony zákazníků ve 200 zemích“ (bod 64). Tyto *a priori* spolehlivé důkazy, které se shodují s ostatními důkazy předloženými žalobkyní, posilují věrohodnost posledně zmíněných důkazů. Vzhledem k tomu, že v tomto ohledu nebyla vznesena žádná konkrétní výtka k věrohodnosti uvedených důkazů a s ohledem na pravděpodobnost informací, které poskytují, Tribunál považuje všechny důkazy uvedené v bodech 57 až 73 výše za věrohodné, v rozsahu, v němž představují údaje užitečně uplatněné žalobkyní za účelem prokázání rozlišovací způsobilosti sporné ochranné známky získané užíváním ke dni 19. června 2013 na relevantním území.

75 Za těchto podmínek a s ohledem na kritéria pro posouzení získání rozlišovací způsobilosti ochranné známky užíváním, zejména kritéria připomenutá v bodech 27 až 29 výše, a s ohledem na různá nesprávná právní posouzení nebo nesprávnou právní kvalifikaci skutečností, na které poukazují body 38 až 55 výše, a na mnohé důkazy předložené žalobkyní u odvolacího senátu, uvedené v bodech 57 až 74 výše, které mohou užitečně přispívat k případnému prokázání skutečnosti, že sporná ochranná známka získala rozlišovací způsobilost užíváním na relevantním území, avšak odvolací senát je za tímto účelem nezohlednil, vše nasvědčuje tomu, že napadené rozhodnutí není dostatečně podloženo platnými důvody, jež by opodstatňovaly jeho výrok, pokud jde o služby hazardních her a sázek náležející do třídy 41 vyjmenované v zápise. Ve vztahu k těmto službám se tedy jediný žalobní důvod směřující ke zrušení jeví jako opodstatněný, aniž je třeba zkoumat posledně uplatněné argumenty žalobkyně o neexistenci průzkumů veřejného mínění nebo důkazů pocházejících od obchodní komory, kterou jí vytýkal odvolací senát.

76 Je třeba upřesnit, že s ohledem na důvody ospravedlňující zrušení napadeného rozhodnutí nepřísluší Tribunálu, aby provedl podrobnou a průkaznou analýzu pro celé relevantní území, a to tím spíše, že odvolací senát sám tuto analýzu neprovedl (obdobně viz rozsudek ze dne 5. července 2011, Edwin v. OHIM, C-263/09 P, EU:C:2011:452, body 71 a 72).

77 S ohledem na výše uvedené musí být napadené rozhodnutí zrušeno v rozsahu, v němž se týká služeb náležejících do třídy 41, vyjmenovaných v zápise sporné ochranné známky.

K nákladům řízení

78 Článek 134 odst. 3 jednacího řádu Tribunálu stanoví, že pokud měli účastníci řízení ve věci částečně úspěch i neúspěch, ponese každý z nich vlastní náklady řízení. Jeví-li se to však vzhledem k okolnostem v projednávané věci jako odůvodněné, může Tribunál rozhodnout, že účastník řízení ponese vlastní náklady řízení a nahradí část nákladů řízení vynaložených druhým účastníkem řízení.

79 Vzhledem k tomu, že v projednávané věci měli žalobkyně, EUIPO a vedlejší účastník ve věci částečně neúspěch, je s ohledem na okolnosti projednávané věci třeba rozhodnout, že každý z účastníků řízení ponese vlastní náklady řízení.

Z těchto důvodů

TRIBUNÁL (devátý senát)

rozhodl takto:

1) Rozhodnutí pátého odvolacího senátu Úřadu Evropské unie pro duševní vlastnictví (EUIPO) ze dne 21. března 2016 (věc R 3243/2014-5) se zrušuje v rozsahu, v němž se týká služeb náležejících do třídy 41, vyjmenovaných v zápise ochranné známky Evropské unie BET 365.

2) Ve zbývající části se žaloba zamítá.

3) Každý účastník řízení ponese vlastní náklady řízení.

Gervasoni Madise da Silva Passos

Takto vyhlášeno na veřejném zasedání v Lucemburku dne 14. prosince 2017.

Podpisy.