Zbierka súdnych rozhodnutí

ROZSUDOK VŠEOBECNÉHO SÚDU (deviata komora)

zo 14. decembra 2017 *

„Ochranná známka Európskej únie – Konanie o vyhlásenie neplatnosti – Slovná ochranná známka Európskej únie BET 365 – Absolútny dôvod zamietnutia – Rozlišovacia spôsobilosť nadobudnutá používaním – Dôkaz – Používanie ochrannej známky na viaceré účely – Článok 7 ods. 3 a článok 52 ods. 2 nariadenia (ES) č. 207/2009 [teraz článok 7 ods. 3 a článok 59 ods. 2 nariadenia (EÚ) 2017/1001]“

Vo veci T-304/16,

bet365 Group Ltd, so sídlom v Stoke-on-Trent (Spojené kráľovstvo), v zastúpení: S. Malynicz, QC, a R. Black a J. Bickle, solicitors,

žalobkyňa

proti

Úradu Európskej únie pre duševné vlastníctvo (EUIPO), v zastúpení: S. Hanne, splnomocnený zástupca,

žalovanému,

ďalší účastník konania pred odvolacím senátom EUIPO a vedľajší účastník v konaní pred Všeobecným súdom:

Robert Hansen, bydliskom v Mníchove (Nemecko), v zastúpení: M. Pütz-Poulalion, advokát,

ktorej predmetom je žaloba podaná proti rozhodnutiu piateho odvolacieho senátu EUIPO z 21. marca 2016 (vec R 3243/2014-5), týkajúcemu sa konania o vyhlásenie neplatnosti medzi pánom Hansenom a spoločnosťou bet365 Group,

VŠEOBECNÝ SÚD (deviata komora),

v zložení: predseda komory S. Gervasoni, sudcovia L. Madise (spravodajca) a R. da Silva Passos,

tajomník: I. Dragan, referent,

so zreteľom na žalobu podanú do kancelárie Všeobecného súdu 15. júna 2016,

so zreteľom na vyjadrenie EUIPO k žalobe podané do kancelárie Všeobecného súdu 12. augusta 2016,

so zreteľom na vyjadrenie vedľajšieho účastníka konania k žalobe podané do kancelárie Všeobecného súdu 7. septembra 2016,

* Jazyk konania: angličtina.

po pojednávaní zo 17. mája 2017,

vyhlásil tento

Rozsudok

Okolnosti predchádzajúce sporu

1 Žalobkyňa, bet365 Group Ltd, podala 23. mája 2007 na Úrade Európskej únie pre duševné vlastníctvo (EUIPO) prihlášku ochrannej známky Európskej únie podľa nariadenia Rady (ES) č. 40/94 z 20. decembra 1993 o ochrannej známke Európskej únie (Ú. v. ES L 11, 1994, s. 1; Mim. vyd. 17/001, s. 146), v znení zmien [nahradeného nariadením Rady (ES) č. 207/2009 z 26. februára 2009 o ochrannej známke Európskej únie (Ú. v. ES L 78, 2009, s. 1), v znení zmien, ktoré bolo tiež nahradené nariadením Európskeho parlamentu a Rady (EÚ) 2017/1001 zo 14. júna 2017 o ochrannej známke Európskej únie (Ú. v. EÚ L 154, 2017, s. 1)].

2 Prihláška ochrannej známky bola podaná na zápis slovného označenia BET 365.

3 Výrobky a služby uvedené v prihláške, ktorých rozsah bol počas konania pre EUIPO zúžený, patria do tried 9, 28, 35, 36, 38, 41 a 42 v zmysle Niceskej dohody o medzinárodnom triedení výrobkov a služieb pre zápis známok z 15. júna 1957 v revidovanom a doplnenom znení a pre každú z týchto tried zodpovedajú tomuto opisu:

– trieda 9: „Počítačový softvér; počítačový softvér pre stávkové, herné a hazardné herné služby a správu databáz; elektronické publikácie; počítačové hry; interaktívne elektronické a počítačové hry; počítačový softvér a počítačové programy pre užívateľov stávkových a herných služieb; počítačové herné programy, ktoré možno stiahnuť prostredníctvom internetu (softvér); softvér pre počítačové hry; počítačové programy pre hranie hier; počítačový softvér stiahnuteľný z internetu; CD disky a DVD disky; herné zariadenia, ktoré sú upravené na používanie spolu s televíznymi prijímačmi; počítačový softvér pre sťahovanie, vysielanie, prijímanie, úpravu, vyberanie, kódovanie, dekódovanie, prehrávanie, ukladanie a usporiadavanie dát vrátane zvukových dát a video dát“,

– trieda 28: „Hry a hračky; herné zariadenia (okrem zariadení upravených na používanie spolu s televíznymi prijímačmi); hry v oblasti hazardných hier“,

– trieda 35: „Reklama; obchodný manažment; obchodná administratíva; kancelárske funkcie; on-line služby spracovania dát“,

– trieda 36: „Finančné služby; finančné služby súvisiace so stávkovaním, hazardnými hrami alebo lotériami; poskytovanie finančných informácií súvisiacich so stávkovaním, hazardnými hrami alebo lotériami; informácie, poradenstvo a pomoc týkajúce sa vyššie uvedených služieb“,

– trieda 38: „Poskytovanie prístupu k sieťovým systémom pre viacerých užívateľov, umožňujúc tak prístup k informáciám a službám v oblasti hier a stávok prostredníctvom internetu a iných globálnych sietí alebo prostredníctvom telefónov (vrátane mobilných telefónov); telekomunikačné služby; prenos rozhlasových a/alebo televíznych programov; služby v oblasti prenosu dát v reálnom čase; prenos televízie a rozhlasu v reálnom čase prostredníctvom internetu; služby v oblasti on-line videozáznamov, poskytovanie prenosu kultúrnych, zábavných a športových podujatí v reálnom čase prostredníctvom internetu; poskytovanie služieb internetových diskusných miestností; poskytovanie diskusných fór on-line; prenosové a komunikačné služby; transmisia zvuku a/alebo obrazov; prenos správ a obrazových informácií pomocou počítača; služby elektronickej pošty; telekomunikačné služby v oblasti internetu alebo prostredníctvom telefónov, vrátane mobilných telefónov;

telekomunikácia informácií (vrátane web stránok); poskytovanie telekomunikačného spojenia s počítačovými databázami a internetovými stránkami, alebo prostredníctvom telefónov, vrátane mobilných telefónov; informácie o telekomunikáciách; informačné služby v oblasti telekomunikácií“,

– trieda 41: „Poskytovanie stávkových, herných a hazardných herných služieb prostredníctvom fyzických miest, elektronických stránok a telefonických stredísk; stávkové alebo lotériové služby; služby kreditných kariet v oblasti stávkovania, hazardných hier alebo lotérií; organizovanie a vedenie lotérií; elektronické služby v oblasti stávkovania, hazardných hier alebo lotérií, poskytované prostredníctvom internetu, globálnej počítačovej siete, on-line počítačových databáz, telefónov, vrátane mobilných telefónov alebo prostredníctvom televíznych kanálov šírených pomocou satelitného, terestriálneho alebo káblového televízneho vysielania; interaktívne pokerové hry, bingo a hry založené na zručnosti a hazardné hry zahŕňajúce herné formáty pre jedného alebo viacerých hráčov; prezentácia a výroba pokerových súťaží, turnajov, hier a hazardných hier a hier bingo; zábava, športové a kultúrne činnosti; organizovanie a vedenie súťaží; služby v oblasti hrania hazardných hier na diaľku prostredníctvom telekomunikačných spojení; hazardné herné informácie, poskytované prostredníctvom on-line počítačových databáz alebo internetu; herné služby pre účely zábavy; elektronické hry poskytnuté internetom; organizovanie hier; herné služby poskytované on-line; služby v oblasti prevádzky počítačových hier bingo; informácie súvisiace s hazardnými hrami, poskytované prostredníctvom on-line počítačových databáz alebo internetu; informačné a poradenské služby týkajúce sa všetkých vyššie uvedených služieb; informačné služby v oblasti športu“;

– trieda 42: „Počítačové programovanie, poradenské, konzultačné a návrhárske služby, lízing a prenájom počítačového softvéru, počítačové programy“.

4 Prieskumový pracovník informoval žalobkyňu, že zamýšľa zamietnuť prihlášku z dôvodu, že prihlasovaná ochranná známka je vo vzťahu k priemernému anglicky hovoriacemu spotrebiteľovi opisná pre predmetné výrobky a služby vzhľadom na to, že prvok „bet“ odkazuje na stávky a prvok „365“ na počet dní v roku, čo znamená, že ochranná známka sa vzťahuje na ponuku stávok dostupnú počas celého roka. Na túto ochrannú známku sa preto vzťahuje článok 7 ods. l písm. c) nariadenia č. 40/94 [zmenený na článok 7 ods. 1 písm. c) nariadenia č. 207/2009, teraz článok 7 ods. 1 písm. c) nariadenia 2017/1001], podľa ktorého ochranné známky, ktoré tvoria výlučne označenia alebo údaje, ktoré môžu slúžiť v obchode na označenie druhu, kvality, množstva, zamýšľaného účelu, hodnoty, zemepisného pôvodu alebo času výroby tovarov alebo poskytovania služieb, prípadne iných vlastností tovarov alebo služieb, sa nezapíšu do registra. Prieskumový pracovník dodal, že vzhľadom na to, že ochranná známka, ktorej zápis sa žiada, nemá ani rozlišovaciu spôsobilosť, vzťahuje sa na ňu článok 7 ods. 1 písm. b) nariadenia č. 40/94 [zmenený na článok 7 ods. 1 písm. b) nariadenia č. 207/2009, teraz článok 7 ods. 1 písm. b) nariadenia 2017/1001], čo tiež bráni jej zápisu.

5 Žalobkyňa napadla predbežné posúdenie prieskumového pracovníka, ale tiež uviedla, že prihlasovaná ochranná známka v čase podania prihlášky nadobudla rozlišovaciu spôsobilosť používaním, čo vzhľadom na ustanovenia článku 7 ods. 3 nariadenia č. 40/94 (zmeneného na článok 7 ods. 3 nariadenia č. 207/2009, teraz článok 7 ods. 3 nariadenia 2017/1001) umožňuje jej zápis. Žalobkyňa na podporu svojho tvrdenia v tejto súvislosti predložila vyhlásenie svojho generálneho riaditeľa, pána C., ako aj vyhlásenie pána H, generálneho riaditeľa Remote Gambling Association, združenia zoskupujúceho prevádzkovateľov hazardných hier a stávok. Tieto vyhlásenia s prílohami mali dosvedčiť skutočnosť, že prihlasovaná ochranná známka ovláda dôležitú časť trhu, mali preukázať zemepisný rozsah a dobu jej používania, ako aj investície vynaložené na jej reklamu a mali preukázať, že jej používanie bolo uznané priemyslom a obchodom a že len žalobkyňa ju používa pre predmetné výrobky alebo služby.

6 Listom z 29. septembra 2008 prieskumový pracovník pripustil, že dôkazy predložené žalobkyňou preukazujú, že prihlasovaná ochranná známka nadobudla rozlišovaciu spôsobilosť používaním. V tejto súvislosti uviedol, že predložené dokumenty preukazujú, že prvok „bet365“ sa používal v rôznych kontextoch a štýloch a že vyhlásenie pána C. poukazuje na jej ustálené a čoraz dôležitejšie používanie od roku 1991, keďže žalobkyňa od tohto roku spracovávala viac ako dva milióny stávok za týždeň a bola 16. súkromnou spoločnosťou v Spojenom kráľovstve. Výstrižky z novín konkrétne uvádzali, že ochranná známka sa používala ako obchodná známka vo vzťahu k verejnosti, pokiaľ ide o výrobky a služby v oblasti športových stávok a hazardných hier na internete v Írsku a Spojenom kráľovstve. Tiež bolo preukázané, že bola predmetom reklamy v Európskej únii, konkrétne v Írsku a Spojenom kráľovstve, ale aj v novinách v Dánsku, Nemecku, Španielsku a vo Švédsku, pričom rozpočet určený na reklamu sa medzi rokmi 2001 a 2007 zvýšil zo 48 000 na 6 miliónov libier (GBP).

7 Prihláška ochrannej známky bola teda zverejnená 13. októbra 2008 vo *Vestníku ochranných známok Spoločenstva* č. 2008/041. Keďže tretie strany nepredložili pripomienky, bola ochranná známka po zamietnutí námietky zapísaná 15. februára 2012 pre prihlasované výrobky a služby uvedené v bode 3 vyššie a patriace do tried 9, 28, 35, 36, 38, 41 a 42. Zápis ochrannej známky bol uverejnený vo *Vestníku ochranných známok Spoločenstva* č. 2012/034 zo 17. februára 2012.

8 Dňa 19. júna 2013 vedľajší účastník konania, pán Robert Hansen, po tom, čo 18. februára 2013 podal prihlášku na zápis slovnej ochrannej známky b365, voči ktorej bola vznesená námietka žalobkyne a ktorej bolo vyhovené, podal návrh na zrušenie ochrannej známky BET 365 s tvrdením, že je opisná pre výrobky a služby, na ktoré sa vzťahuje, a že nemá rozlišovaciu spôsobilosť.

9 Počas sporového konania, ktoré nasledovalo, žalobkyňa predložila nové vyhlásenia pánov C. a H., a to z 2. januára 2014 (spolu s 34 prílohami) a z 20. decembra 2013 (s jednou prílohou). Hoci stále obhajovala svoje stanovisko, že sporná ochranná známka nie je opisná a má rozlišovaciu spôsobilosť, tiež uviedla, že od podania prihlášky ochrannej známky v roku 2007, a konkrétne až do podania návrhu na zrušenie v roku 2013, sa jej používanie ako ochrannej známky, ktoré jej priznáva rozlišovaciu spôsobilosť, posilnilo. V tejto súvislosti žalobkyňa opäť predložila dôkazy, ktoré aktualizovala a ktoré už predtým predložila, aby potvrdila skutočnosť, že sporná ochranná známka ovládla dôležitú časť trhu, preukázala zemepisný rozsah a dobu jej používania, ako aj investície vynaložené na jej reklamu, preukázala, že jej používanie bolo uznané priemyslom a obchodom a že len žalobkyňa ju používala pre predmetné výrobky alebo služby.

10 Vedľajší účastník konania predovšetkým napadol relevantnosť dôkazov, ktoré žalobkyňa predložila, aby preukázala, že sporná ochranná známka nadobudla používaním rozlišovaciu spôsobilosť. Uviedol najmä, že žalobkyňa vykonáva svoju činnosť najmä v Írsku a Spojenom kráľovstve a že prvok „bet365“ používala len ako názov spoločnosti a domény na internete s cieľom nasmerovať klientelu na jej internetovú stránku, ale nie s cieľom identifikovať služby ako také ponúkané tejto klientele, ktoré sú identifikované na základe iných označení, okrem jedinej výnimky týkajúcej sa hry „bet365 bingo“.

11 Po tom, čo odvolací senát získal od žalobkyne doplňujúce pripomienky, rozhodnutím z 24. novembra 2014 zamietol návrh na vyhlásenie neplatnosti. Hoci odvolací senát potvrdil, že ochranná známka ako taká opisuje dotknuté výrobky a služby prinajmenšom vo veľkej časti Únie a že v dôsledku toho pôvodne nemala rozlišovaciu spôsobilosť, pripustil, že táto ochranná známka nadobudla rozlišovaciu spôsobilosť používaním. V podstate zdôraznil, že žalobkyňa preukázala dôležitý výkon svojich činností pod názvom BET 365 a že vedľajší účastník konania nespochybnil používanie tohto názvu žalobkyňou ako názov spoločnosti a ako časť názvu domény jej internetovej stránky. Hoci z teoretického hľadiska by používanie určitého výrazu ako ochrannej známky pre výrobky a služby a ako názvu spoločnosti bolo možné úplne rozlíšiť, z praktického hľadiska by rozdiel mohol pre verejnosť zaniknúť, ak by sa rovnaký výraz používal na dva účely. V prejednávanej veci je veľmi nepravdepodobné, aby priemerný spotrebiteľ robil takýto rozdiel pri používaní internetovej stránky žalobkyne na hranie alebo stávkovanie, hoci jednotlivé hry alebo stávky majú rozdielne špecifické názvy. Konkrétne je veľmi

nepravdepodobné, že by priemerný spotrebiteľ pochyboval o tom, že tieto hry a tieto stávky ponúka žalobkyňa, ktorú identifikuje sporná ochranná známka, keďže táto ochranná známka bola predmetom dôležitých reklám a v širokej miere bola uvádzaná v tlači.

12 Vedľajší účastník konania podal proti rozhodnutiu zrušovacieho oddelenia odvolanie na EUIPO opäť s návrhom na vyhlásenie neplatnosti spornej ochrannej známky. V podstate spochybnil skutočnosť, že zrušovacie oddelenie mohlo dospieť k záveru o existencii používania, ktoré spornej ochrannej známke priznáva rozlišovaciu spôsobilosť umožňujúcu identifikovať obchodný pôvod jednotlivých uvedených výrobkov a služieb v rámci celej Únie vzhľadom na uvedenie prvku „bet365“ vo výňatkoch z tlače vydanej v Írsku a Spojenom kráľovstve (podľa neho na identifikáciu žalobkyne alebo stávkových kurzov, ktoré žalobkyňa ponúka), ako aj na používanie tohto prvku ako názov domény internetovej stránky žalobkyne a v rohu jej internetových stránok.

13 Rozhodnutím z 21. marca 2016 (ďalej len „napadnuté rozhodnutie“) piaty odvolací senát EUIPO vyhovel odvolaniu a potvrdil opisný charakter a najmä nedostatok rozlišovacej spôsobilosti spornej ochrannej známky pre anglicky hovoriacu časť príslušnej skupiny verejnosti a poprel, že táto ochranná známka nadobudla rozlišovaciu spôsobilosť používaním na podstatnej časti príslušného územia, na ktorom nemala vnútornú rozlišovaciu spôsobilosť, a to podľa neho vzhľadom na deň, kedy bola podaná prihláška v Dánsku, Írsku, Holandsku, vo Fínsku, Švédsku a v Spojenom kráľovstve (body 52 až 55 napadnutého rozhodnutia v súvislosti s príslušným územím).

14 Odvolací senát v podstate uviedol, že preukázanie nadobudnutia rozlišovacej spôsobilosti používaním vyžaduje, aby bolo preukázané, že prinajmenšom veľká časť príslušnej skupiny verejnosti bude vnímať dotknuté označenie ako údaj o obchodnom pôvode uvedených výrobkov a služieb. Hoci žalobkyňa riadne preukázala obchodný úspech, nepreukázala spojitosť medzi týmto úspechom alebo reklamami a tým, ako by vnímala spornú ochrannú známku verejnosť.

15 V tejto súvislosti dostatočne nepredložila priame dôkazy (konkrétne body 66 až 68, 71 a 73 až 75 napadnutého rozhodnutia). Presnejšie odvolací senát uviedol, že dôkazy predložené žalobkyňou, aby preukázala, že sporná ochranná známka nadobudla rozlišovaciu spôsobilosť používaním, predstavovali najmä články z tlače, ktoré vo väčšine neodkazovali na príslušné územie, a že ochranná známka nachádzajúca sa na dokumentoch napísaných v angličtine, pri ktorých nie je uvedený dátum, v skutočnosti zodpovedá trom farebným vyobrazeniam obsahujúcim prvok „bet365“, ktoré boli navyše zapísané žalobkyňou, ale nezodpovedala spornej ochrannej známke (bod 56 napadnutého rozhodnutia).

16 Odvolací senát pripustil, že dôkazy predložené žalobkyňou spočívali tiež v reklamách vysielaných v televízii v Dánsku, vo Švédsku a v Spojenom kráľovstve, v reklamách vysielaných v rádiu v Spojenom kráľovstve, ktoré sa však podľa odvolacieho senátu vzťahovali na hru bet365 bingo, a nie na spornú ochrannú známku, v reklamných paneloch umiestnených na športových ihriskách na rôznych miestach Únie, kde sa odohrávajú futbalové zápasy vysielané v televízii vo Švédsku a v Spojenom kráľovstve, v dôkazoch súvisiacich s reklamou v oblasti konských dostihov, najmä v Spojenom kráľovstve a reklamou futbalového klubu Stoke City FC a v investíciách určených na reklamu. Odvolací senát zdôraznil, že predložené dôkazy sa týkajú najmä Spojeného kráľovstva a nie iných krajín príslušného územia, pripustil však, že tieto dôkazy sú relevantné, pokiaľ ide o obdobie, ktoré malo byť predmetom preskúmania (body 57 až 63 a 66 napadnutého rozhodnutia). Odvolací senát tiež pripustil, že žalobkyňa ho presvedčila o svojom obchodnom úspechu s viac ako 21 miliónmi zákazníkov v 200 krajinách a najmä o tom, že podiel jej internetovej stránky venujúcej sa stávkam na trhu je pozoruhodný (bod 64 napadnutého rozhodnutia).

17 Odvolací senát však spochybnil, že by úspech žalobkyne preukazoval nadobudnutie rozlišovacej spôsobilosti spornej ochrannej známky používaním. Ako uviedol vedľajší účastník konania, dôkazy predložené žalobkyňou sa týkajú používania prvku „bet365“ na označenie žalobkyne alebo na označenie jej internetovej stránky, ale nie jeho používania ako ochrannej známky na účely identifikácie

zapísaných výrobkov a služieb (body 68 a 69, ako aj 77 a 79 napadnutého rozhodnutia). Odvolací senát zdôraznil, že obraty, investície určené na reklamu a ostatné dôkazy predložené žalobkyňou sa nevzťahujú na všetky výrobky a služby, pre ktoré bola sporná ochranná známka prihlasovaná, a že z toho dôvodu nie je možné zistiť, ako túto ochrannú známku vníma spotrebiteľ v prípade týchto jednotlivých výrobkov a služieb. Konkrétne nijaký prieskum mienky ani nijaké posúdenie obchodnej komory, združenia spotrebiteľov či konkurentov to v tejto súvislosti nedokazuje a predložené dôkazy sa vzťahujú len na služby v oblasti stávok a hazardných hier ako také, patriace do triedy 41 (body 70 až 76 napadnutého rozhodnutia). Odvolací senát dodal, že množstvo vyhľadávaní určitého výrazu na internete nemôže postačovať na preukázanie toho, že tento výraz nadobudol rozlišovaciu spôsobilosť, lebo takáto informácia nedokazuje „vopred definované kritériá na posúdenie intenzity jeho používania a jeho uznania ako označenia s rozlišovacou spôsobilosťou príslušnou skupinou verejnosti“ (bod 78 napadnutého rozhodnutia). V bode 80 napadnutého rozhodnutia sa na záver uvádza, že „predloženými dôkazmi nebola nepreukázaná všeobecná známosť spornej ochrannej známky u spotrebiteľov“.

Návrhy účastníkov konania

18 Žalobkyňa navrhuje, aby Všeobecný súd:

– zrušil napadnuté rozhodnutie,

– uložil EUIPO a vedľajšiemu účastníkovi konania povinnosť znášať svoje vlastné trovy konania a povinnosť nahradiť trovy konania, ktoré jej vznikli.

19 EUIPO navrhuje, aby Všeobecný súd:

– zamietol žalobu,

– uložil žalobkyni povinnosť nahradiť trovy konania.

20 Vedľajší účastník konania navrhuje, aby Všeobecný súd:

– zamietol žalobu,

– uložil žalobkyni povinnosť nahradiť trovy konania a trovy konania, ktoré mu vznikli.

Právny stav

21 Žalobkyňa uvádza jediný žalobný dôvod založený na porušení článku 7 ods. 3 nariadenia č. 207/2009, na ktorého podporu uviedla viacero tvrdení. Po prvé odvolací senát údajne nesprávne posúdil dôkazy o používaní spornej ochrannej známky, konkrétne pokiaľ ide o územný rozsah tohto používania. Po druhé odvolací senát údajne náležite nezohľadnil dôkazy predložené pánom H., generálnym riaditeľom spoločnosti Remote Gambling Association. Po tretie odvolací senát údajne nesprávne konštatoval, že predložené dôkazy nepreukazujú používanie spornej ochrannej známky alebo jej používanie ako obchodnej známky. Po štvrté a po piate odvolací senát údajne nesprávne penalizoval žalobkyňu z dôvodu, že medzi dôkazmi o používaní, ktoré predložila, neuviedla prieskum mienky a dôkazy pochádzajúce od obchodnej komory.

22 Na úvod treba zdôrazniť, že žalobkyňa v štádiu konania o žalobe na Všeobecnom súde nespochybňuje vnútorný opisný charakter a nedostatok vnútornej rozlišovacej spôsobilosti spornej ochrannej známky, pokiaľ ide o všetky výrobky a služby, pre ktoré bola podaná prihláška. Preskúmanie Všeobecným súdom sa teda týka len otázky nadobudnutia rozlišovacej spôsobilosti tejto ochrannej známky používaním.

23 Okrem toho treba pripustiť, že jediný žalobný dôvod žalobkyne, i keď výslovne uvádza len porušenie článku 7 ods. 3 nariadenia č. 207/2009, ktorý sa týka najmä zápisu ochranných známok, ktoré sú ako také opisné a ktoré nemajú rozlišovaciu spôsobilosť, ale ku dňu podania prihlášky nadobudli rozlišovaciu spôsobilosť používaním, sa týka aj porušenia článku 52 ods. 2 toho istého nariadenia (teraz článok 59 ods. 2 nariadenia 2017/1001), ktorý sa uplatňuje na konania o vyhlásenie neplatnosti, o aké ide v prejednávanej veci, podľa ktorého ochranná známka, ktorá je ako taká opisná a nemá rozlišovaciu spôsobilosť a ktorá bola zapísaná v rozpore s článkom 7 nariadenia č. 207/2009, nemôže byť vyhlásená za neplatnú, ak v dôsledku používania nadobudla po zápise rozlišovaciu spôsobilosť pre výrobky alebo služby, pre ktoré bola zapísaná. Ako už bolo v podstate zdôraznené v rozsudku z 28. septembra 2016, European Food/EUIPO – Société des produits Nestlé (FITNESS) (T-476/15, vec v odvolacom konaní, EU:T:2016:568, bod 64), konanie o vyhlásenie neplatnosti pre absolútne dôvody zamietnutia stanovené v článku 52 nariadenia č. 207/2009 totiž priamo odkazuje na absolútne dôvody zamietnutia zápisu uvedené v článku 7 toho istého nariadenia, ako aj na výnimku nadobudnutia rozlišovacej spôsobilosti používaním, ktorá tieto dôvody zmierňuje, pričom jediný prípadný podstatný rozdiel medzi oboma konaniami sa týka okamihu, kedy sa má nadobudnutie tejto rozlišovacej spôsobilosti posudzovať. V tejto súvislosti Všeobecný súd v rozsudku z 15. decembra 2016, Mondelez UK Holdings & Services/EUIPO – Société des produits Nestlé (Tvar čokoládovej tyčinky) (T-112/13, neuverejnený, v odvolacom konaní, EU:T:2016:735, bod 117), potvrdil, že v rámci konania o vyhlásenie neplatnosti pre absolútne dôvody zamietnutia, majiteľ ochrannej známky, ktorá bola napadnutá, môže buď preukázať, že nadobudla rozlišovaciu spôsobilosť používaním pred jej zápisom, alebo že nadobudla túto spôsobilosť medzi jej zápisom a dňom podania návrhu na vyhlásenie neplatnosti.

24 V prejednávanej veci vzhľadom na to, čo je uvedené v bodoch 22 a 23 vyššie, stačí v rámci konania o vyhlásenie neplatnosti rozhodnúť s prihliadnutím na situáciu, ktorá existovala ku dňu podania návrhu na vyhlásenie neplatnosti, teda 19. júna 2013, ako to uviedol odvolací senát v bode 53 napadnutého rozhodnutia.

25 Ako je zdôraznené v ustálenej judikatúre, ak podľa článku 7 ods. 3 nariadenia č. 207/2009 absolútne dôvody zamietnutia uvedené v článku 7 ods. 1 písm. b) až d) toho istého nariadenia [teraz článok 7 ods. 1 písm. b) až d) nariadenia 2017/1001] nebránia zápisu ochrannej známky v prípade, že táto ochranná známka nadobudla pre výrobky alebo služby, pre ktoré sa zápis žiada, rozlišovaciu spôsobilosť v dôsledku svojho používania, v tomto prípade znamená, že skutočnosť, že príslušná skupina verejnosti skutočne vníma dotknutú ochrannú známku ako údaj o obchodnom pôvode výrobku alebo služby, je výsledkom hospodárskeho úsilia prihlasovateľa ochrannej známky. Táto okolnosť – pri neexistencii takéhoto úsilia – odôvodňuje vylúčenie dôvodov všeobecného záujmu implicitne vyjadrených v článku 7 ods. 1 písm. b) až d) nariadenia č. 207/2009, ktoré vyžadujú, aby ochranné známky, na ktoré sa vzťahujú tieto ustanovenia, mohli byť voľne používané, aby sa zabránilo vzniku nezákonnej konkurenčnej výhody v prospech jediného hospodárskeho subjektu [pozri rozsudok z 24. februára 2016, Coca-Cola/ÚHVT (Tvar fľaše s krivkami bez rýh), T-411/14, EU:T:2016:94, bod 66 a citovanú judikatúru]. Tieto úvahy platia aj v prípade ochrannej známky, ktorá by bola zapísaná v rozpore s článkom 7 ods. 1 psím. b) až d) nariadenia č. 207/2009, ale ktorá by nadobudla rozlišovaciu spôsobilosť používaním po svojom zápise, ako vyplýva z článku 52 ods. 2 toho istého nariadenia.

26 Pokiaľ ide o územie, na ktorom treba preukázať rozlišovaciu spôsobilosť nadobudnutú používaním, aby bolo možné uplatniť výnimky uvedené v článku 7 ods. 3 a článku 52 ods. 2 nariadenia č. 207/2009, možno pripomenúť, že v súlade s článkom 1 ods. 2 tohto nariadenia (teraz článok 1 ods. 2 nariadenia 2017/1001) ochranná známka Európskej únie má jednotný charakter, čo znamená, že má rovnaké účinky v celej Únii. Z jednotného charakteru ochrannej známky Európskej únie vyplýva, že na to, aby mohlo byť označenie zapísané, musí mať rozlišovaciu spôsobilosť v celej Únii. Podľa článku 7 ods. 2 nariadenia č. 207/2009 (teraz článok 7 ods. 2 nariadenia 2017/1001) sa tak zápis ochrannej známky musí zamietnuť, ak ochranná známka nemá rozlišovaciu spôsobilosť v časti Únie [rozsudok z 30. marca 2000, Ford Motor/ÚHVT (OPTIONS), T-91/99, EU:T:2000:95, body 23 až 25]. Treba preto preukázať nadobudnutie rozlišovacej spôsobilosti používaním na každom území, kde ochranná známka od začiatku nemala rozlišovaciu spôsobilosť, pričom toto územie môže prípadne tvoriť len

jeden členský štát [rozsudok z 22. júna 2006, Storck/ÚHVT, C-25/05 P, EU:C:2006:422, bod 83; pozri tiež rozsudok zo16. marca 2016, Työhönvalmennus Valma/ÚHVT (Tvar škatule na hračky obsahujúcej drevené kocky), T-363/15, neuverejnený, EU:T:2016:149, bod 35 a citovaná judikatúra]. Bolo však už rozhodnuté, že je prehnané požadovať, aby bol dôkaz o nadobudnutí rozlišovacej spôsobilosti používaním predložený pre každý dotknutý členský štát posudzovaný jednotlivo (rozsudok z 24. mája 2012, Chocoladefabriken Lindt & Sprüngli/ÚHVT, C-98/11 P, EU:C:2012:307, bod 62). V tejto súvislosti nemožno vylúčiť rozšírenie zistení o nadobudnutí rozlišovacej spôsobilosti používaním v niektorých členských štátoch na iné členské štáty, ak objektívne a hodnoverné dôkazy umožňujú dospieť k záveru, že tieto trhy sú porovnateľné, pokiaľ ide o vnímanie spornej ochrannej známky príslušnou skupinou verejnosti [pozri v tomto zmysle rozsudok z 24. februára 2016, Coca-Cola/ÚHVT (Tvar fľaše s krivkami bez rýh), T-411/14, EU:T:2016:94, bod 80].

27 Na to, aby bolo možné uznať nadobudnutie rozlišovacej spôsobilosti ochrannej známky používaním, je nutné, aby prinajmenšom významná časť príslušnej skupiny verejnosti identifikovala vďaka ochrannej známke predmetné výrobky alebo služby ako pochádzajúce od určitého podniku. Okolnosti, za akých možno podmienku spojenú s nadobudnutím rozlišovacej spôsobilosti používaním považovať za splnenú, sa však nemôžu zakladať len na všeobecných a abstraktných údajoch. Je potrebné zohľadniť skutočnosti, ako sú podiel ochrannej známky, ktorý ovláda na trhu, intenzita, zemepisný rozsah a doba používania tejto ochrannej známky, výška investícií vynaložených podnikom na jej reklamu, pomer príslušnej skupiny verejnosti, ktorá vďaka ochrannej známke identifikuje výrobok ako pochádzajúci od konkrétneho podniku, ako aj vyhlásenia obchodných a priemyselných komôr alebo iných profesijných organizácií [pozri rozsudky z 21. apríla 2010, Schunk/ÚHVT (Zobrazenie časti šablóny), T-7/09, neuverejnený, EU:T:2010:153, body 39 a 41 a citovanú judikatúru, a z 24. februára 2016, Coca-Cola/ÚHVT (Tvar fľaše s krivkami bez rýh), T-411/14, EU:T:2016:94, body 69 a 70 a citovanú judikatúru].

28 Treba tiež pripomenúť, že z ustálenej judikatúry vyplýva, že rozlišovacia spôsobilosť ochrannej známky, vrátane rozlišovacej spôsobilosti nadobudnutej používaním, musí byť takisto posudzovaná z hľadiska výrobkov alebo služieb, pre ktoré sa zápis ochrannej známky žiada alebo bol povolený, s prihliadnutím na predpokladané vnímanie predmetnej kategórie výrobkov alebo služieb priemerným, riadne informovaným a primerane pozorným a obozretným spotrebiteľom [pozri rozsudky z 21. apríla 2010, Schunk/ÚHVT (Zobrazenie časti šablóny), T-7/09, neuverejnený, EU:T:2010:153, bod 42 a citovanú judikatúru, a z 24. februára 2016, Coca-Cola/ÚHVT (Tvar fľaše s krivkami bez rýh), T-411/14, EU:T:2016:94, bod 71 a citovanú judikatúru].

29 Z judikatúry tiež vyplýva, že dôkaz o nadobudnutí rozlišovacej spôsobilosti používaním nemôže predstavovať iba predloženie samostatne uvedených údajov o objeme predaja predmetných výrobkov alebo služieb a reklamných materiálov. Takisto ani samotná skutočnosť, že označenie sa používalo na území Únie od určitého času, nestačí na preukázanie, že verejnosť, ktorej je určený dotknutý tovar, ho vníma ako označenie obchodného pôvodu [pozri v tomto zmysle rozsudky z 12. septembra 2007, Glaverbel/ÚHVT (Štruktúra aplikovaná na sklenený povrch), T-141/06, neuverejnený, EU:T:2007:273, body 41 a 42, a z 24. februára 2016, Coca-Cola/ÚHVT (Tvar fľaše s krivkami bez rýh), T-411/14, EU:T:2016:94, bod 72].

30 V tejto súvislosti sa nadobudnutie rozlišovacej spôsobilosti používaním musí preukázať „používaním ochrannej známky ako ochrannej známky“, to znamená používaním ochrannej známky na účely identifikácie príslušnou skupinou verejnosti výrobkov alebo služieb, na ktoré sa vzťahuje ochranná známka, ako výrobkov alebo služieb pochádzajúcich od podniku, ktorý túto ochrannú známku používa (pozri v tomto zmysle a analogicky rozsudok zo 7. júla 2005, Nestlé, C-353/03, EU:C:2005:432, body 26 a 29).

31 S prihliadnutím na tieto zásady treba preskúmať jediný žalobný dôvod žaloby, avšak až po tom, čo sa jednak vymedzí príslušné územie a jednak spresnia jednotlivé predmetné výrobky a služby.

32 V časti napadnutého rozhodnutia, v ktorej sa dospelo k záveru o opisnom charaktere a nedostatku vnútornej rozlišovacej spôsobilosti spornej ochrannej známky, odvolací senát uviedol, že vzhľadom na význam prvku „bet“ v angličtine sa opisný charakter a nedostatok vnútornej rozlišovacej spôsobilosti preukázali v prípade anglicky hovoriacich spotrebiteľov v Únii, pričom nespresnil, o ktoré krajiny ide (body 16 a 32). V časti napadnutého rozhodnutia venovanej preskúmaniu otázky, či sporná ochranná známka nadobudla alebo nenadobudla rozlišovaciu spôsobilosť používaním, odvolací senát usúdil, že dané príslušné územie posudzované ku dňu podania prihlášky v roku 2007 zahŕňalo Dánsko, Írsko, Holandsko, Fínsko, Švédsko a Spojené kráľovstvo, kde sa hovorí po anglicky alebo sa v širokej miere používa (body 52 a 55 napadnutého rozhodnutia). V rámci tejto žaloby EUIPO a vedľajší účastník konania vo svojich vyjadreniach k žalobe tvrdia, že vymedzenie príslušného územia malo byť širšie. EUIPO tvrdí, že dôkaz o nadobudnutí rozlišovacej spôsobilosti spornej ochrannej známky používaním mal zahŕňať všetky členské štáty, v ktorých príslušná skupina verejnosti má aspoň pasívnu znalosť angličtiny. Vedľajší účastník konania tvrdí, že väčšina spotrebiteľov Únie má minimálne základnú znalosť angličtiny a že z toho dôvodu sa mala analýza nadobudnutia rozlišovacej spôsobilosti vzťahovať na všetky členské štáty.

33 V tejto súvislosti treba uviesť, že odvolací senát sa nedopustil nesprávneho posúdenia, keď v príslušnej časti napadnutého rozhodnutia v podstate konštatoval, že preskúmanie nadobudnutia rozlišovacej spôsobilosti spornej ochrannej známky používaním sa musí obmedziť len na členské štáty Únie, v ktorých značná časť spotrebiteľov používa angličtinu alebo jej rozumie, a preto tiež rozumie významu výrazu „bet365“. Argumentácie EUIPO a vedľajšieho účastníka konania v tejto súvislosti nemožno prijať, pretože by nesprávne viedli ku konštatovaniu, že tomuto výrazu rozumie aj podstatná väčšina príslušnej skupiny verejnosti v krajinách, v ktorých sa angličtina vo veľkej miere nepoužíva alebo jej spotrebitelia nerozumejú.

34 Treba však tiež uviesť, že odvolací senát v bode 54 napadnutého rozhodnutia zdôraznil, že je nutné zohľadniť pristúpenie Cyperskej republiky a Maltskej republiky k Európskemu spoločenstvu 1. mája 2004. Odvolací senát konštatoval, že angličtina je v týchto členských štátoch vo veľkej miere používaná alebo sa jej rozumie, pričom v bode 55 napadnutého rozhodnutia spresnil, že nie je potrebné ich zahrnúť do príslušného územia na účely preskúmania nadobudnutia rozlišovacej spôsobilosti spornej ochrannej známky používaním. Toto stanovisko odôvodnil článkom 165 ods. 4 písm. a) nariadenia č. 207/2009 [teraz článok 209 ods. 4 písm. a) nariadenia 2017/1001], pričom konštatoval, že z tohto ustanovenia vyplýva, že ochranná známka Európskej únie nesmie byť vyhlásená za neplatnú podľa článku 52 uvedeného nariadenia, ak sú dôvody neplatnosti uplatniteľné výlučne z dôvodu pristúpenia nového členského štátu.

35 Táto analýza týkajúca sa Cyperskej republiky a Maltskej republiky je však z právneho hľadiska nesprávna. Z článku 165 ods. 1 a 4 nariadenia č. 207/2009 [článok 165 ods. 1, teraz článok 209 ods. 1 nariadenia 2017/1001] totiž vyplýva, že dôkaz o nadobudnutí rozlišovacej spôsobilosti používaním sa musí vzťahovať len na členské štáty, ktoré boli členmi Únie ku dňu podania prihlášky spornej ochrannej známky [pozri rozsudok z 23. februára 2016, Consolidated Artists/ÚHVT – Body Cosmetics International (MANGO), T-761/14, neuverejnený, EU:T:2016:91, bod 16 a citovanú judikatúru]. Vyplýva to zo skutočnosti, že zásada zakotvená v článku 165 ods. 4 písm. a) nariadenia č. 207/2009 sa uplatňuje na ochranné známky uvedené v článku 165 ods. 1 uvedeného nariadenia, a to na ochranné známky, ktoré boli zapísané alebo pre ktoré bola podaná prihláška v súlade s nariadením č. 207/2009 pred dňom pristúpenia dotknutého členského štátu alebo dotknutých členských štátov. V prejednávanej veci však túto zásadu nemožno uplatniť, pokiaľ ide o pristúpenie Cyperskej republiky a Maltskej republiky, pretože tieto dva členské štáty už boli 23. mája 2007 členmi Európskeho spoločenstva, čiže v deň, keď žalobkyňa podala prihlášku na zápis spornej ochrannej známky ako ochrannej známky Európskej únie.

36 Pokiaľ ide o jednotlivé výrobky alebo služby, na ktoré sa vzťahuje sporná ochranná známka, ako uviedol odvolací senát v bode 76 napadnutého rozhodnutia, žalobkyňa nepredložila dôkaz o nadobudnutí rozlišovacej spôsobilosti spornej ochrannej používaním pre výrobky a služby patriace do tried 9, 28,

35, 36, 38 a 42, čo nebolo v rámci tejto žaloby spochybnené. I keď niektoré tieto výrobky alebo služby súvisia so službami v oblasti stávok a hazardných hier patriacimi do triedy 41 a uvedenými v prihláške, bez uvedenia akéhokoľvek dôkazu, hoci sa uvedená ochranná známka používala pre tieto výrobky alebo služby, nemožno na ktorýkoľvek z týchto výrobkov alebo služieb rozšíriť úvahy vyjadrené nižšie v súvislosti so službami v oblasti vyššie uvedených stávok a hazardných hier, pre ktoré naopak boli dôkazy na preukázanie nadobudnutia rozlišovacej spôsobilosti tejto ochrannej známky používaním predložené. Za týchto podmienok je už zrejmé, že napadnuté rozhodnutie nemožno zrušiť vzhľadom na skutočnosť, že sa týka výrobkov a služieb uvedených v spornej prihláške a patriacich do tried 9, 28, 35, 36, 38 a 42 a nasledujúca analýza Všeobecného súdu sa preto bude týkať len služieb v oblasti stávok a hazardných hier patriacich do triedy 41 a uvedených v tejto prihláške.

37 Zásady pripomenuté v bodoch 25 až 30 vyššie vedú v prvom rade k preskúmaniu, či nezávisle od rozsahu príslušného územia, ktorý treba v prejednávanej vymedziť, niektoré dôkazy predložené žalobkyňou svojou povahou môžu alebo nemôžu prispieť k preukázaniu nadobudnutia rozlišovacej spôsobilosti spornej ochrannej známky používaním. Prípadne sa preskúma, či dôkazy predložené žalobkyňou sú alebo nie sú z hľadiska svojej podstaty dostatočné na to, aby bolo možné dospieť k záveru, že prípadné nesprávne právne posúdenia alebo právna kvalifikácia, ktorých sa odvolací senát mohol v ich súvislosti dopustiť, spochybňujú jeho záver, pokiaľ ide o nedostatok rozlišovacej spôsobilosti nadobudnutej používaním spornej ochrannej známky.

38 Pokiaľ ide o prvý aspekt, v prvom rade vzniká otázka v súvislosti s možnosťou opierať sa o používanie obrazových ochranných známok alebo ochranných známok zložených z viacerých slovných prvkov zahrňujúcich slovnú ochrannú známku, v prejednávanej veci spornú ochrannú známku, aby sa preukázalo nadobudnutie rozlišovacej spôsobilosti tejto ochrannej známky používaním. Odvolací senát v bodoch 56 a 57 napadnutého rozhodnutia v tejto súvislosti odpovedal záporne, pričom uviedol, že niektoré dôkazy predložené žalobkyňou predstavujú obrazové a farebné označenia zapísané žalobkyňou alebo ochrannú známku bet365 Bingo, a nie spornú ochrannú známku. Žalobkyňa namieta proti tomuto stanovisku v rámci tretej časti tvrdení uvedených v bode 21 vyššie, a nesúhlasí s tvrdením, že používanie obrazových alebo „rozšírených“ foriem spornej ochrannej známky nepredstavuje jej používanie.

39 Postoj odvolacieho senátu nezohľadňuje skutočnosť, že bolo rozhodnuté, ako správne uvádza žalobkyňa a ako pripúšťa EUIPO vo svojom vyjadrení k žalobe, že nadobudnutie rozlišovacej spôsobilosti ochrannej známky používaním nevyhnutne neznamená, že táto ochranná známka sa samostatne používala, ale mohlo vyplývať z jej používania ako časti inej zapísanej ochrannej známky alebo z jej používania spolu s inou zapísanou ochrannou známkou, pokiaľ by v týchto dvoch prípadoch uskutočnené používanie viedlo príslušnú skupinu verejnosti k tomu, že bude výrobky alebo služby, ktoré označuje len skúmaná ochranná známka, vnímať ako výrobky alebo služby pochádzajúceho z konkrétneho podniku, ktorý ju používa ako časť inej ochrannej známky alebo spolu s inou ochrannou známkou (pozri v tomto zmysle a analogicky rozsudky zo 7. júla 2005, Nestlé, C-353/03, EU:C:2005:432, body 27 až 32, a zo 16. septembra 2015, Société des Produits Nestlé, C-215/14, EU:C:2015:604, body 64 a 66). V prejednávanej veci niektoré dôkazy predložené žalobkyňou obsahujú slovný prvok „bet365“, ktorý tvorí spornú ochrannú známku, používaný buď samostatne v odlišnom type písma a odlišných farbách, alebo ako súčasť výrazov alebo zobrazení, ako sú „bet365 bingo“ a „bet365.com“, alebo obsahujú zobrazenia, ktoré spájajú uvedený slovný prvok s farbami, geometrickými tvarmi alebo osobitnými obrazovými prvkami a farebným podkladom, ktoré tvoria iné zapísané ochranné známky žalobkyne (pozri napríklad zobrazenia vyobrazené v bode 56 napadnutého rozhodnutia). Tieto používania prvku „bet365“ nemožno považovať za dôkazy, ktoré svojou povahou nemôžu prispieť k preukázaniu nadobudnutia rozlišovacej spôsobilosti spornej ochrannej známky používaním, a to o to viac, že táto ochranná známka je slovnou ochrannou známkou, ktorej nemožno hlavne prisúdiť všetky zobrazenia a používania, pretože tieto zobrazenia a používania vyplývajú z používania sporného označenia ako ochrannej známky, ako bude aj preskúmané. Napríklad je nesporné, že používanie ako obrazovej ochrannej známky tvorenej z farebného prvku „bet365“ na podklade inej farby umožňuje verejnosti, ak si vytvorí súvislosť medzi touto obrazovou ochrannou

známkou a výrobkami alebo službami žalobkyne, vytvoriť si spojitosť medzi spornou ochrannou známkou používanou samostatne na tie isté účely na jednej strane a uvedenými výrobkami a službami na strane druhej.

40 Odvolací senát sa teda dopustil nesprávneho právneho posúdenia, keď pri posudzovaní nadobudnutia rozlišovacej spôsobilosti spornej ochrannej známky používaním nezohľadnil dôkazy obsahujúce obrazové ochranné známky alebo ochranné známky zložené z viacerých slovných prvkov obsahujúcich spornú ochrannú známku.

41 Okrem toho, tiež vzhľadom na tretiu časť tvrdení žalobkyne uvedenú v bode 21 vyššie, existujú pochybnosti v súvislosti so závermi založenými na skutočnosti, že žalobkyňa používa slovný prvok „bet365“ aj ako časť názvu svojej internetovej stránky dostupnej na adrese „www.bet365.com“ a dosahom, ktorý sa má priznať dôkazom, ktoré predložila v súvislosti s požívaním svojej internetovej stránky alebo vyplývajúcim z tejto stránky. Konkrétne v bode 77 napadnutého rozhodnutia odvolací senát uviedol, že „používanie predmetnej ochrannej známky ako názvu domény… nepredstavuje používanie ochrannej známky ako ochrannej známky identifikujúcej a rozlišujúcej výrobky a služby majiteľa“. Žalobkyňa pripúšťa, že jednoduché používanie spornej ochrannej známky ako názvu domény internetovej stránky nepostačuje na preukázanie jej používania ako ochrannej známky, ale zastáva názor, že v prejednávanej veci predložila viacero dôkazov o používaní svojej ochrannej známky umožňujúcej identifikovať obchodný pôvod svojich služieb v oblasti stávok a hazardných hier ponúkaných na internete.

42 V tejto súvislosti z ustálenej judikatúry vyplýva, že nie je nemožné používať ten istý prvok ako ochrannú známku a v rámci iného používania, napríklad ako celý názov domény internetovej stránky alebo ako jeho časť. Označenie, ktoré plní aj iné funkcie než funkcie ochrannej známky, má rozlišovaciu spôsobilosť v zmysle článku 7 alebo článku 52 ods. 2 nariadenia č. 207/2009 len vtedy, ak ho v prvom rade môže príslušná skupina verejnosti vnímať ako údaj o obchodnom pôvode predmetných výrobkov alebo služieb, aby mohla bez prípadnej zámeny rozlišovať výrobky alebo služby majiteľa ochrannej známky od výrobkov alebo služieb, ktoré majú iný obchodný pôvod [rozsudky z 5. decembra 2002, Sykes Enterprises/ÚHVT (REAL PEOPLE, REAL SOLUTIONS), T-130/01, EU:T:2002:301, bod 20, a z 21. novembra 2012, Getty Images/ÚHVT (PHOTOS.COM), T-338/11, neuverejnený, EU:T:2012:614, bod 58]. Treba tiež pripomenúť, že rozlišovaciu spôsobilosť označenia možno na jednej strane posudzovať z hľadiska výrobkov alebo služieb, pre ktoré sa zápis žiada, a na druhej strane z hľadiska jeho vnímania príslušnou skupinou verejnosti (rozsudok z 5. decembra 2002, REAL PEOPLE, REAL SOLUTIONS, T-130/01, EU:T:2002:301, bod 21). Tieto úvahy sú platné tak z hľadiska vnútornej rozlišovacej spôsobilosti, ako aj z hľadiska rozlišovacej spôsobilosti nadobudnutej používaním, ktoré sa alternatívne vyžadujú na to, aby mohla byť určitá ochranná známka zapísaná.

43 V prejednávanej veci sa odvolací senát dopustil nesprávneho právneho posúdenia, keď v bode 77 napadnutého rozhodnutia nepripustil, že by používanie spornej ochrannej známky ako názvu domény internetovej stránky mohlo predstavovať používanie ochrannej známky „ako ochrannej známky“. Všetko totiž závisí od dokumentov a informácií predložených v tejto súvislosti a od toho, čo môžu poskytnúť na posúdenie vnímania príslušnou skupinou verejnosti, keď vidí alebo používa prvky „bet365“ alebo „bet365.com“ v rámci používania internetu.

44 V tejto súvislosti je nutné po prvé prihliadať na skutočnosť, že len žalobkyňa používa prvok „bet365“ na účely predaja hazardných hier a stávok, po druhé, ako bolo bez akéhokoľvek spochybnenia potvrdené na pojednávaní, tento prvok sa nachádza vo všetkých ochranných známkach, ktoré používa na všeobecnú identifikáciu svojich služieb, po tretie jej internetová stránka je hlavným kanálom predaja hazardných hier a stávok, po štvrté v tomto sektore má väčšina ochranných známok používaných prevádzkovateľmi na internete, tak ako sporná ochranná známka, vnútorný opisný charakter a po piate je všeobecne známe, že stávkujúce osoby a hráči sú vo väčšine prípadov stáli zákazníci. Je preto odôvodnené konštatovať, že okrem niektorých hráčov alebo stávkujúcich osôb –začiatočníkov, ktorí skúšajú svoje prvé skúsenosti, zákazník, ktorý sa pripojí na internetovú stránku žalobkyne na adrese

„www.bet365.com“, to neurobí náhodne a používa spornú ochrannú známku alebo jej odvodené ochranné známky ako údaj o službách ponúkaných žalobkyňou, na rozdiel od služieb, ktoré ponúkajú jej konkurenti, z toho istého dôvodu ako zákazník, ktorý vojde do obchodu s označením zodpovedajúcim ochrannej známke výrobkov alebo služieb, ktoré tam hľadá alebo ktoré sa v ňom predávajú.

45 Situácia nevykazuje analógiu so situáciami preskúmanými vo veciach, v ktorých boli vyhlásené rozsudky z 13. mája 2009, Schuhpark Fascies/ÚHVT – Leder & Schuh (jello SCHUHPARK) (T-183/08, neuverejnený, EU:T:2009:156), a z 18. januára 2011, Advance Magazine Publishers/ÚHVT – Capela & Irmãos (VOGUE) (T-382/08, neuverejnený, EU:T:2011:9), na ktoré poukázal EUIPO na pojednávaní, v ktorých uvedenie obchodného označenia zodpovedajúceho dotknutým ochranným známkam v týchto veciach na priečelí obchodov preukazuje len, že tieto ochranné známky sú tiež ochranné známky vzťahujúce sa na výrobky predávané v týchto obchodoch, v danom prípade išlo o topánky, v súvislosti s ktorými bolo napadnuté nadobudnutie rozlišovacej spôsobilosti týchto ochranných známok používaním.

46 V kontexte a za okolností prejednávanej veci preto informácie, ako sú množstvo pripojení na internetovú stránku žalobkyne, umiestnenie tejto internetovej stránky podľa návštevnosti v rôznych krajinách alebo počet, koľkokrát bola sporná ochranná známka alebo od nej odvodené ochranné známky predmetom vyhľadávania vo vyhľadávačoch na internete, predstavujú údaje, ktoré svojou povahou prispievajú k preukázaniu nadobudnutia rozlišovacej spôsobilosti spornej ochrannej známky používaním. Môžu o tom svedčiť aj výňatky z internetových stránok žalobkyne alebo iných internetových stránok v rôznych jazykoch, kde sa sporná ochranná známka alebo jej odvodené ochranné známky objavia, pokiaľ by rozsah predložených dôkazov mohol zobrazovať zjavné používanie spornej ochrannej známky ako ochrannej známky.

47 Treba navyše zdôrazniť, že vo veciach týkajúcich sa internetových stránok, v ktorých boli vyhlásené rozsudky, na ktoré poukázal EUIPO vo svojom vyjadrení k žalobe [rozsudky z 21. júna 2012, Fruit of the Loom/ÚHVT – Blueshore Management (FRUIT), T-514/10, neuverejnený, EU:T:2012:316, body 59 až 67; z 21. novembra 2012, PHOTOS.COM, T-338/11, neuverejnený, EU:T:2012:614, body 48 až 61, a z 19. novembra 2014, Out of the blue/ÚHVT – Dubois a i. (FUNNY BANDS), T-344/13, neuverejnený, EU:T:2014:974, body 26 až 31], dôkazy predložené majiteľmi dotknutých ochranných známok alebo práv, či kontext a okolnosti sa veľmi odlišujú od tých, o aké ide v prejednávanej veci. V prvej z týchto vecí, ktorá sa týkala konania o vyhlásenie neplatnosti ochrannej známky Európskej únie FRUIT, majiteľ tejto ochrannej známky totiž nepochybne disponoval internetovou stránkou na adrese „www.fruit.com“, nevedel však predložiť nijaký dôkaz o zjavnom používaní tejto ochrannej známky, a to ani na základe informácií poskytnutých na tejto internetovej stránke, ktorá uvádzala inú ochrannú známku. Internetová stránka teda nemala obchodnú funkciu, ani len reklamnú pre výrobky, na ktoré sa vzťahovala dotknutá ochranná známka. V druhej z týchto vecí, ktoré sa týkali zamietnutia zápisu ochrannej známky Európskej únie PHOTOS.COM, hoci prihlasovateľ predával fotografie prostredníctvom internetovej stránky na adrese „www.photo.com“, odvolací senát a Všeobecný súd usúdili, že dôkazy predložené uvedeným prihlasovateľom na preukázanie nadobudnutia rozlišovacej spôsobilosti dotknutej ochrannej známky používaním sú buď z geografického, kvantitatívneho a časového hľadiska nedostatočné alebo neúčinné, alebo irelevantné na preukázanie spojitosti medzi používaním tejto internetovej stránky a identifikáciou obchodného pôvodu fotografií, ktoré boli na nej ponúkané a prípadne predávané. Všeobecný súd však uviedol, že nemožno vylúčiť zápis ochrannej známky zloženej z označení alebo údajov, ktoré sa okrem iného používajú na označenie názvu domény. Napokon v tretej veci, ktorá sa týkala konania vo veci námietky vznesenej voči zápisu ochrannej známky Európskej únie FUNNY BANDS z dôvodu skoršej existencie rovnakého nezapísaného obchodného názvu, ktorý bolo prevzatý v názve domény internetovej stránky „www.funny-bands.com“, sa osoba, ktorá vzniesla námietku, pokúsila preukázať používanie uvedeného názvu, ktorý nemal len miestny rozsah. Pokiaľ ide o internetovú stránku na zodpovedajúcej adrese, žalobkyňa len preukázala jej existenciu a poskytla niekoľko zobrazení jej obsahu, avšak nijaký dôkaz, ktorý by umožňoval posúdiť intenzitu jej používania na obchodné účely. V tejto súvislosti Všeobecný

súd uviedol, že toto používanie možno preukázať najmä určitým počtom pripojení na internetovú stránku, prijatou elektronickou poštou prostredníctvom internetovej stránky alebo objemom vyhľadaných vecí.

48 Nesprávne právne posúdenie, ktorého sa dopustil odvolací senát v súvislosti s používaním spornej ochrannej známky ako názvu domény internetovej stránky, ho viedlo k tomu, že nezohľadnil dôkazy týkajúce sa požívania internetovej stránky žalobkyne alebo vyplývajúce z tejto stránky.

49 Pokiaľ ide o tretiu časť tvrdení žalobkyne a uvedených v bode 21 vyššie, je spochybnená aj skutočnosť, že žalobkyňa si vybrala prvok „bet365“, ktorý zodpovedá spornej ochrannej známke, za názov spoločnosti. Podľa odvolacieho senátu výňatky z tlače predložené žalobkyňou preukazujú len používanie tohto prvku ako názvu spoločnosti, ale nie ako ochrannej známky, ako bolo uvedené v bode 79 napadnutého rozhodnutia. Žalobkyňa tvrdí, ako usúdilo aj zrušovacie oddelenie, že keď príjemcovia jej služieb v oblasti stávok a hazardných hier prídu do kontaktu so spornou ochrannou známkou, nepochybujú, že identifikuje obchodný pôvod služieb, ktoré im žalobkyňa ponúka, a neznamená to, že odkazuje len na túto ochrannú známku ako spoločnosť.

50 V tejto súvislosti sa uplatnia rovnaké zásady, ako sú zásady uvedené v bode 42 vyššie, v súvislosti so súbežným používaním rovnakého prvku ako ochrannej známky a v rámci iného používania.

51 V prejednávanej veci všeobecné informácie, najmä finančné, týkajúce sa žalobkyne nachádzajúce sa v hospodárskej tlači alebo informácie personálnej povahy týkajúce sa riadiacich pracovníkov tejto spoločnosti môžu len ťažko preukazovať používanie spornej ochrannej známky, i keď môžu prípadne viesť k nepriamym informáciám o úspechu tejto ochrannej známky a jej odvodených ochranných známok, pretože všetky ochranné známky, ktoré žalobkyňa všeobecne používa na identifikáciu svojich služieb, používajú prvok „bet365“, ako už bolo konštatované v bode 44 vyššie. Objavenie sa tohto prvku, ktoré bolo zobrazené v spise predloženom odvolaciemu senátu, v tlači venovanej športu alebo špecializovanej na hry a stávky, napríklad v súvislosti so stávkovými kurzami, s porovnávaním ponúkaných služieb jednotlivými poskytovateľmi, alebo aj v rámci sponzorovania športových udalostí, ktoré tvoria podklad pre stávkovanie, naopak jasne preukazuje jej používanie ako ochrannej známky na označenie pôvodu ponúkaných alebo uvádzaných služieb, na ich rozlíšenie od služieb konkurentov žalobkyne a prípadne na ich reklamu.

52 Odvolací senát v rámci právnej kvalifikácie skutočností, ktoré mu boli predložené, sa teda dopustil nesprávneho posúdenia, keď v bode 79 napadnutého rozhodnutia vylúčil, že by výňatky z tlače predložené žalobkyňou mohli prinajmenšom pre časť z nich preukazovať používanie spornej ochrannej známky ako ochrannej známky.

53 Vzhľadom na prvú časť tvrdení žalobkyne uvedených v bode 21 vyššie treba tiež preskúmať posúdenie nachádzajúce sa v bodoch 70 až 73 napadnutého rozhodnutia, s ktorým nesúhlasí žalobkyňa a ktorým odvolací senát spochybnil relevantnosť obratov a výšok vkladov či investícií určených na reklamu, ktoré uviedla žalobkyňa ako dôkazy, ktoré svojou povahou môžu prispieť k preukázaniu nadobudnutia rozlišovacej spôsobilosti spornej ochrannej známky používaním, z dôvodu, že neodkazujú na konkrétne výrobky alebo služby, hoci zápis spornej ochrannej známky bol povolený pre celú sériu výrobkov a služieb, ktoré sa neobmedzujú len na hazardné hry a stávky v pravom zmysle slova.

54 Toto všeobecné posúdenie odvolacieho senátu nie je v zásade spochybnené. Vzhľadom však na skutočnosť, že žalobkyňa používa len spornú ochrannú známku a jej odvodené ochranné známky ako ochranné známky umožňujúce všeobecne identifikovať jej hazardné hry a stávky, ako bolo konštatované v bode 44 vyššie, ak môžu predložené sumy primeraným a zásadným spôsobom súvisieť s hazardnými hrami a stávkami, musia byť v súvislosti s týmito službami zohľadnené. Napríklad výšky stávok, investície určené na reklamu, najmä investície na sponzorovanie, alebo sumy vyplatené pridruženým internetovým stránkam, ktoré odkazujú hráčov a stávkujúcich na internetovú stránku žalobkyne, sa v celom rozsahu alebo v podstatnej časti týkajú hazardných hier a stávok, s ktorými

obchoduje žalobkyňa pod spornou ochrannou známkou, alebo jej odvodenými ochrannými známkami. Preto pokiaľ ide o tieto služby, dotknuté údaje svojou povahou prispievajú k preukázaniu nadobudnutia rozlišovacej spôsobilosti ochrannej známky používaním.

55 Odvolací senát sa teda pri právnej kvalifikácii skutočností tiež dopustil nesprávneho posúdenia, keď vylúčil tieto údaje z dôkazov, ktoré posudzoval.

56 Keďže tieto zásadné otázky boli preskúmané, možno v druhom rade preskúmať pochybnosti žalobkyne vyjadrené v súvislosti s napadnutým rozhodnutím vzhľadom na konkrétne dôkazy, ktoré predložila odvolaciemu senátu.

57 Žalobkyňa v rámci prvej časti tvrdení uvedených v bode 21 vyššie tvrdí, že odvolací senát nedostatočne zohľadnil výňatky z tlače, ktoré poukazovali na používanie spornej ochrannej známky vo viacerých krajinách príslušného územia, a nielen v Spojenom kráľovstve.

58 Príloha JC 16, ktorú žalobkyňa predložila EUIPO, obsahuje množstvo výňatkov z tlače od júla 2001 do mája 2007, ktoré uvádzajú stávkové kurzy alebo komentáre novinárov alebo osôb prijímajúcich stávky, medzi ktorými sa žalobkyňa uvádza pod menom „bet365“ alebo prípadne pod menom „bet365.com“. V týchto článkoch sa tiež uvádzajú sponzorované športové podujatia s názvom, ktorý obsahuje prvok „bet365“. Takéto uvádzania tohto prvku preukazujú jeho používanie ako ochrannej známky, pretože údaje tohto druhu umožňujú identifikovať, ktorý prevádzkovateľ ponúka taký alebo onaký stávkový kurz alebo urobil taký komentár v súvislosti so súťažiacim zúčastňujúcim sa takého podujatia alebo aj ktorý prevádzkovateľ v oblasti stávok sponzoruje športové podujatie, ktoré je podkladom pre stávky (napríklad dokumenty 4, 209 alebo 248 zo 431 z anglickej tlače alebo dokumenty 2, 4, 33 alebo 115 zo 163 z írskej tlače). Hoci ďalšie výňatky tlače nachádzajúce sa v tejto prílohe nepochybne odkazujú na používanie prvku „bet365“ „ako na názov spoločnosti“, ich počet je príliš malý (napríklad dokument 6 zo 431 vyplývajúci z anglickej tlače, ktorá oceňuje milionárov, medzi ktorými sa nachádzajú majitelia žalobkyne, alebo dokumenty 76 a 77 zo 431 z anglickej tlače obsahujúce informácie a komentáre o rôznych spoločnostiach).

59 Príloha JC 17, ktorú žalobkyňa predložila EUIPO, obsahuje výňatky z tlače za obdobie od januára 2007 do novembra 2013. Spomedzi výňatkov z anglickej tlače táto príloha síce obsahuje mnoho dokumentov preukazujúcich používanie prvku „bet365“ ako názvu spoločnosti (napríklad dokumenty 13, 31, 46, 68, 105 a 156 z 231), zahŕňa medzi týmito výňatkami aj veľký počet dokumentov, ktoré odkazujú na športové podujatia s názvom obsahujúcim prvok „bet365“, najmä na konské dostihy, dokumenty udávajúce stávkové kurzy žalobkyne (napríklad dokumenty 120 až 125, 157, 179 až 185 a 204 z 231) a minimálne jeden článok uvádzajúci aplikáciu „bet365“, ktorá umožňuje hrať a podávať stávky na mobilnom telefóne (dokument 14 z 231). Ostatných 231 výňatkov z tlače prílohy JC 17 z írskej tlače zahŕňa najmä dokumenty odkazujúce na športové podujatia s názvom obsahujúcim prvok „bet365“, ale aj dokumenty uvádzajúce stávkové kurzy žalobkyne spolu s niekoľkými komentármi žalobkyne ako osoby prijímajúcej stávky (napríklad dokumenty 43 a 68 z 231).

60 Prílohy JC 16 a JC 17 preto predstavujú veľké množstvo dôkazov o používaní prvku „bet365“ ako ochrannej známky v príslušnej skupine verejnosti v Írsku a Spojenom kráľovstve od júla 2001 do novembra 2013.

61 Prílohy JC 18 a) až JC 18 g), ktoré žalobkyňa predložila EUIPO, obsahujú výňatky z tlače pochádzajúce z internetovej tlače alebo tradičnej tlače v siedmich ďalších členských štátoch. Tieto dokumenty obsahujú nedatované porovnanie kvality služieb siedmich prevádzkovateľov hernej a stávkovej činnosti. Žalobkyňa je v nich označená spornou ochrannou známkou a jedným z jej obrazových vyobrazení. Zahŕňajú tiež články uverejnené od roku 2007 do roku 2013 a jeden článok bez uvedenia dátumu, ktoré sa venujú futbalu a uvádzajú stávkové kurzy ponúkané žalobkyňou pod názvom „bet365“ alebo obsahujú reklamy pre spornú ochrannú známku alebo internetovú stránku bet365.com. Konkrétne príloha JC 18 c) obsahuje niekoľko výňatkov z tlače venovanej športu pochádzajúcich zo švédskej

tlače, ktoré boli uverejnené od roku 2008 do roku 2012, v ktorých sa nachádzajú komentáre žalobkyne, ktorá je v nich uvedená pod menom „bet365“, ako aj stávkové kurzy ponúkané žalobkyňou. Uvedená príloha obsahuje aj článok o reklamnej kampani uskutočnenej žalobkyňou v roku 2013.

62 Prílohy JC 18 a) až JC 18 g) teda prinášajú dôkazy o používaní spornej ochrannej známky ako ochrannej známky, najmä vo Švédsku, ktoré môžu prispieť k preukázaniu, že sporná ochranná známka v tomto štáte nadobudla rozlišovaciu spôsobilosť používaním.

63 Na rozdiel od toho, čo uviedol EUIPO na pojednávaní, odvolaciemu senátu prislúchalo, aby dostatočným spôsobom v plnom rozsahu preskúmal tieto prílohy, prinajmenšom tie, ktoré sa týkali krajín zodpovedajúcich príslušnému územiu, ktoré definoval. Žalobkyňa sa totiž neuspokojila len s tým, že mu predložila stovky výňatkov z tlače bez akéhokoľvek komentára, pretože bod 11 vyhlásenia pána C. uvádzal nielen pôvod, ale aj zobrazoval používania spornej ochrannej známky ako ochrannej známky a v niektorých prípadoch spresňoval, že niektoré boli preložené do angličtiny. Navyše článok 76 ods. 1 nariadenia č. 207/2009 (teraz článok 95 ods. 1 nariadenia 2017/1001) uvádza, že v konaniach EUIPO *ex offo* preskúma skutočnosti. Výnimku z tohto pravidla týkajúceho sa konania, ktoré sa vzťahuje na relatívne dôvody zamietnutia zápisu, nemožno v prejednávanej veci uplatniť, pretože vedľajší účastník konania podal návrh na začatie konania o vyhlásenie neplatnosti proti spornej ochrannej známke na základe absolútneho dôvodu neplatnosti a nie na základe relatívneho dôvodu neplatnosti. Hoci odvolací senát považoval identifikáciu príslušných podkladov predložených žalobkyňou za príliš zložité vzhľadom na objem predložených príloh, prinajmenšom ju mohol na základe dokazovania stanoveného v článku 78 ods. 1 nariadenia č. 207/2009 (teraz článok 97 ods. 1 nariadenia 2017/1001) požiadať, aby ich presnejšie identifikovala.

64 Žalobkyňa okrem toho, stále v rámci prvej časti tvrdení uvedených v bode 21 vyššie, uvádza rôzne dôkazy týkajúce sa používania jej internetovej stránky v snahe preukázať, že sporná ochranná známka nadobudla rozlišovaciu spôsobilosť používaním v rôznych krajinách.

65 V prvom rade poukazuje na skutočnosť, že jej internetová stránka, ktorá ponúka hazardné hry a stávky, funguje vo viacerých jazykoch. Ako totiž vyplýva z prílohy JC 4, ktorú žalobkyňa predložila EUIPO, internetová stránka žalobkyne existuje od roku 2006 najmä v angličtine, dánčine a vo švédčine. Tieto skutočnosti predstavujú dôkazy, podľa ktorých žalobkyňa disponuje širokou klientelou minimálne v krajine, kde sa týmito jazykmi hovorí, lebo vytvorenie a denná prevádzka interaktívnej internetovej stránky v určitom jazyku si vyžaduje náklady, ktoré by v opačnom prípade neboli odôvodnené.

66 Žalobkyňa kladie dôraz aj na umiestnenie svojej internetovej stránky z hľadiska návštevnosti v rôznych krajinách, ako vyplýva z prílohy JC 5, ktorú žalobkyňa predložila EUIPO. V tejto súvislosti treba konštatovať, že z hľadiska návštevnosti môže vysoké umiestnenie prispieť k preukázaniu, že sporná ochranná známka, ktorá je prevzatá v názve internetovej stránky žalobkyne, nadobudla rozlišovaciu spôsobilosť používaním v daných krajinách, pretože, ako bolo uvedené v bode 44 vyššie, okrem hráčov a stávkujúcich osôb, ktoré získavajú svoje prvé skúsenosti, pripojenie na internetovú stránku prevádzkovateľa hazardných hier a stávok nie je náhodné, ale odráža želanie konkrétne na nej vidieť ponuky tohto subjektu a prípadne na nej podať vklad. V prejednávanej veci teda, ako vyplýva z prílohy JC 5, umiestnenia 33 a 74 vo Švédsku a v Spojenom kráľovstve predstavujú dôkazy v tom zmysle, že sporná ochranná známka má v týchto štátoch rozlišovaciu spôsobilosť nadobudnutú používaním.

67 Z týchto dôkazov možno tiež vyvodiť údaje týkajúce sa nových osôb prihlásených na internetovej stránke žalobkyne, ako vyplývajú z prílohy JC 6 b), ktorú žalobkyňa predložila odvolaciemu senátu. Od sezóny 2008/2009 sa v Spojenom kráľovstve každú sezónu zapíše na internetovú stránku niekoľko stoviek tisícok nových hráčov a stávkujúcich osôb (735 122 za sezónu 2012/2013). Čísla zodpovedajúce pre Dánsko sú vyjadrené v niekoľkých desiatkach tisícoch (85 183 nových zaregistrovaných osôb za sezónu 2012/2013). Čísla pre zvyšok Únie (okrem Španielska, ktorého údaje boli tiež individuálne vymedzené) sú všeobecné a predstavujú niekoľko stoviek tisícok nových hráčov a stávkujúcich osôb

každú sezónu (901 835 nových zaregistrovaných osôb za sezónu 2012/2013). Príloha JC 6 a), ktorú žalobkyňa predložila EUIPO, poskytla staršie údaje (sezóna 2006/2007), ale umožnila získať údaje podľa krajiny „pre zvyšok Únie“, konkrétne 7 062 nových abonentov pre Fínsko, 8 291 nových abonentov pre Írsko, 462 nových abonentov pre Holandsko a 59 322 nových abonentov pre Švédsko. Tieto informácie sa teda týkajú nových hráčov a stávkujúcich osôb, ktorí sa počas jednej sezóny zaregistrujú na internetovej stránke žalobkyne, a ak je možné domnievať sa, že niektorí sa zaregistrujú skôr úplne náhodne na túto internetovú stránku týkajúcu sa hazardných hier a stávok, než na akúkoľvek inú, možno sa odôvodnene tiež domnievať, že väčšina to nerobí náhodne, ale buď na základe odporúčaní iných hráčov a stávkujúcich osôb, alebo po preštudovaní ponuky, ktorú prípadne porovnali s ostatnými, alebo aj preto, že si presne želajú byť zaregistrovaní na viacerých internetových stránkach viacerých prevádzkovateľov, aby mohli podať svoje vklady podľa okolností a podľa toho, čo považujú za ponuku, ktorá im dáva väčšie šance na výhru za vklad. V týchto posledných názorných príkladoch, ktoré sú najpravdepodobnejšie, členstvo na internetovej stránke žalobkyne na adrese „www.bet365.com“ preukazuje, že sporná ochranná známka, alebo jej odvodené ochranné známky sa používali ako ochranné známky, pretože umožnili presnú identifikáciu pôvodu služieb, ktoré táto registrácia umožní využívať.

68 V tomto istom zmysle žalobkyňa tiež správne poukázala na niektoré dôkazy, ktoré predložila v súvislosti s programom registrácie na internetovej stránke tretích osôb, ktorý vedie požívateľov internetu používajúcich tieto stránky k tomu, aby sa dostali na jej stránku. Vzhľadom na skutočnosť, že internetová stránka tretej osoby, ktorá umožnila presmerovanie, potom zaregistrovanie a uskutočnenie prvého vkladu používateľa internetu na podanie stávky u žalobkyne, dostane províziu od žalobkyne, výšky týchto provízií a ich rozdelenie podľa krajiny môžu poskytnúť dôkaz o používaní spornej ochrannej známky. Ak totiž používateľa internetu, ktorý je nasmerovaný na internetovú stránku tretej osoby, osloví sporná ochranná známka alebo jej odvodené ochranné známky spolu s reklamnými prvkami natoľko, že sa následne stane abonentom žalobkyne prostredníctvom jej internetovej stránky a potom uskutoční svoj prvý vklad, sporná ochranná známka zohráva svoju úlohu ochrannej známky identifikujúcej osobitnú ponuku služieb, ktorú má používateľ internetu v úmysle ďalej využívať. V tejto súvislosti príloha JC 30, ktorú žalobkyňa predložila EUIPO, uvádza, že každú sezónu sa od sezóny 2007/2008 v Spojenom kráľovstve internetovým stránkam ponúkajúcim registráciu vyplatí niekoľko miliónov libier. Číslo zodpovedajúce pre Dánsko presahuje milión libier za sezónu 2012/2013. Čísla pre zvyšok Únie (okrem Španielska) sú všeobecné a predstavujú niekoľko desiatok miliónov libier od sezóny 2010/2011. Prinajmenšom pre individuálne vymedzené krajiny tieto sumy predstavujú jasný dôkaz o tom, že sporná ochranná známka alebo jej odvodené ochranné známky sa používajú na uvádzanie hazardných hier a stávok žalobkyne na trh žalobkyne.

69 Samotný počet presmerovaní internetových stránok tretích osôb na internetovú stránku žalobkyne však nie je hodnoverným dôkazom o požívaní spornej ochrannej známky na identifikáciu služieb žalobkyne, lebo v tomto štádiu postupu používateľa internetu vzhľadom na opisný charakter spornej ochrannej známky, je veľmi pravdepodobné, že z jeho strany ide o náhodné pripojenie sa ešte predtým, než sa presne oboznámi s obsahom uvádzanej ponuky.

70 Žalobkyňa sa opiera aj o výšky vyzbieraných vkladov, ako vyplývajú z prílohy JC 10 a), ktorú predložila EUIPO. V tejto súvislosti táto príloha pre sezónu 2012/2013 najmä poukazuje na sumy niekoľko miliárd libier v Spojenom kráľovstve, stoviek miliónov libier v Dánsku a niekoľko miliárd libier pre zvyšok Únie (okrem Španielska). Prinajmenšom pre individuálne vymedzené krajiny tieto sumy predstavujú jasný dôkaz o tom, že sporná ochranná známka alebo jej odvodené ochranné známky sa používajú na uvádzanie hazardných hier a stávok žalobkyne na trh, pretože pre hráča alebo stávkujúcu osobu je potrebné na podanie ich stávok používať prvok „bet365“.

71 Pokiaľ ide o výdavky na reklamu, na ktoré poukazuje žalobkyňa, ako sú uvedené v prílohe JC 19, ktorú žalobkyňa predložila EUIPO, možno dospieť k tým istým záverom, ako sú tie týkajúce sa výšok vkladov (pozri bod 70 vyššie). Údaje sa týkajú viacerých sezón od sezóny 2006/2007 a uvádzajú niekoľko miliónov libier, či dokonca niekoľko desiatok miliónov libier vynaložených na reklamu každú sezónu

tak v Dánsku, ako aj v Spojenom kráľovstve. Výška nákladov vynaložených na reklamu vo zvyšku Únie (okrem Španielska) tiež dosahuje niekoľko miliónov libier za sezónu, ale nie je individuálne vymedzená podľa krajiny. Prinajmenšom pre individuálne vymedzené krajiny tieto sumy predstavujú jasný dôkaz o tom, že sporná ochranná známka alebo jej odvodené ochranné známky sa používajú na reklamu uvádzania hazardných hier a stávok žalobkyne na trh, pretože len tieto ochranné známky žalobkyňa používa na všeobecnú identifikáciu svojich služieb v oblasti hazardných hier a stávok. Ďalšie skutočnosti uvedené žalobkyňou pred odvolacím senátom, ktoré sa týkajú reklám používajúcich spornú ochrannú známku a jej odvodené ochranné známky, môžu predstavovať dôkazy v tom zmysle, že sporná ochranná známka nadobudla rozlišovaciu spôsobilosť, a to konkrétne mimo Spojeného kráľovstva. Prílohy JC 20 a) až JC 20 e), ktoré predložila žalobkyňa EUIPO, obsahujú mnoho kópií reklám pre športové stávky, ktoré boli vydané v jazykoch danej krajiny a ktoré sa objavili medzi rokom 2007 a rokom 2013 najmä v anglickej, dánskej a švédskej písanej tlači. Príloha JC 21 a), ktorú žalobkyňa predložila EUIPO, obsahuje príklady scenárov televíznych reklám, ktoré boli odvysielané v angličtine alebo v jazyku danej krajiny v Dánsku, vo Švédsku a v Spojenom kráľovstve. Vyhlásenie pána C. (body 14.1 až 14.22) obsahuje fotografie televíznych reklamných sloganov, ktoré boli odvysielané v Dánsku, vo Švédsku a v Spojenom kráľovstve a DVD spolu s pripomienkami žalobkyne vyjadrenými pred odvolacím senátom obsahuje naživo vysielané výňatky týchto reklám, v ktorých sa objavili známi umelci. Príloha JC 21 b), ktorú žalobkyňa predložila EUIPO, obsahuje niekoľko reklamných scenárov v angličtine, *a priori* na odvysielanie v rádiu v Spojenom kráľovstve. Príloha JC 25, ktorú žalobkyňa predložila EUIPO, obsahuje príklady krátkych televíznych reklamných sloganov (idents) vysielaných v rokoch 2009 až 2014 v Dánsku, vo Švédsku a v Spojenom kráľovstve.

72 Vyhlásenie pána C. (bod 17 a nasl.), ktoré treba skúmať v spojení s prílohou JC 23 predloženou žalobkyňou EUIPO, z ktorých možno podľa nej vyvodiť, že reklama uskutočnená na futbalových ihriskách bola vzhliadnutá v celej Únii, v skutočnosti neposkytuje dostatočne presné informácie o odvysielaní tejto reklamy v jednotlivých krajinách Únie na rozdiel od toho, čo zrejme usúdil odvolací senát v bode 58 napadnutého rozhodnutia. Uvádzajú sa totiž len celkové časové harmonogramy vysielania pre celú Úniu, ktoré neumožňujú nijaké vymedzenie podľa krajiny. Platí to aj v prípade dôkazov, ktoré žalobkyňa predložila EUIPO na preukázanie reklamného používania spornej ochrannej známky alebo jej odvodených ochranných známok prostredníctvom činnosti futbalového klubu Stoke City FC, konkrétne fotografie nachádzajúce sa v prílohe JC 29. Hoci je pravdepodobné, že futbalové zápasy „Premier League“, ktorých sa zúčastňuje tento klub, možno pozerať na televíznom kanále vo všetkých krajinách Únie, tieto fotografie hráčov, ihrísk alebo príslušenstva nepredstavujú nijaký dôkaz o skutočnom vysielaní tejto reklamy v jednotlivých krajinách Únie. Ani články tlače nachádzajúce sa v prílohe JC 29 b), ktorú žalobkyňa predložila EUIPO, z časopisov v Írsku a Spojenom kráľovstve nepredstavujú v tejto súvislosti dôkazy.

73 Žalobkyňa v rámci druhej časti tvrdení uvedených v bode 21 vyššie tiež poukazuje na niektoré skutočnosti vyplývajúce z vyhlásenia pána H. a prílohy CH 1 priloženej k tomuto vyhláseniu. Tieto skutočnosti sa však neodlišujú od tých, ktoré už boli uvedené vo vyhlásení pána C. a v jeho prílohách. Pán H. napríklad potvrdzuje reklamné úsilie žalobkyne v Dánsku, vo Švédsku a v Spojenom kráľovstve. Takýto prínos zo strany osoby mimo žalobkyne nepochybne môže posilniť hodnovernosť vyhlásení a dôkazov predložených žalobkyňou, ale nezmení posúdenie podstaty veci, ktoré možno formulovať na ich základe tak, že sa na ne prihliadne ako na úprimné vyhlásenia. Uvádzané skutočnosti, ktoré tiež potvrdzuje pán H., týkajúce sa sponzorovania futbalového klubu Stoke City FC, majú, ako je vysvetlené v bode 72 vyššie, obmedzenú váhu na to, aby prispeli k preukázaniu nadobudnutia rozlišovacej spôsobilosti spornej ochrannej známky na celom dotknutom území. Dôkazy predložené v súvislosti s úspechom žalobkyne, ktorý zdôrazňuje pán H., môžu, a to viac nepriamo potvrdzovať obchodný úspech ochrannej známky rovnakého mena a jej odvodených ochranných známok, jedine ktoré žalobkyňa používa na všeobecnú identifikáciu svojich služieb v oblasti hazardných hier a stávok, pričom nemôžu skutočne prispieť k tomu istému preukázaniu vzhľadom na svoj veľmi všeobecný charakter.

74 Okrem toho je potrebné poznamenať, že niektoré dôkazy uvedené v bodoch vyššie nepochybne samy osebe neobsahujú všetky informácie, ktoré by umožňovali predovšetkým priznať im nevyvrátiteľný charakter. Napríklad kópie reklám pre dánsku alebo švédsku písanú tlač z prílohy JC 20 nie sú poskytnuté prostredníctvom kópií strán časopisov, v ktorých sa objavili, ako to navyše zdôrazňuje pán C. vo svojom vyhlásení (bod 13.7), pričom uvádza, že môže ísť o testy. Takisto mnohé údaje, ktoré žalobkyňa predložila najmä v súvislosti s vyzbieranými vkladmi alebo jej nákladov na reklamu, pochádzajú výlučne z interných zdrojov. Dôkazov pochádzajúcich z vonkajších zdrojov žalobkyne alebo dôkazov, ktoré možno len ťažko napadnúť, je mnoho: napríklad kompletné výňatky z dánskej tlače; komparatívna štúdia o používaní internetových stránok v rôznych krajinách, ktorá umiestňuje internetovú stránku žalobkyne na 33. miesto vo Švédsku a na 74. miesto v Spojenom kráľovstve; skutočnosť, že internetová stránka žalobkyne existuje v angličtine, dánčine a vo švédčine; fotografie a výňatky naživo odvysielaných televíznych reklám v Dánsku, vo Švédsku a v Spojenom kráľovstve, v ktorých vystupujú viacerí známi umelci (napríklad body 14.1 až 14.22 vyhlásenia pána C. a na DVD priloženom k pripomienkam žalobkyne, ktoré predložila pred odvolacím senátom); veľmi mnoho výňatkov z tlače, ktoré, tak ako výňatky z umiestnenia v *Sunday Times* predložené v prílohe CH 1 vyhlásenia pána H., poukazujú na obchodný úspech žalobkyne, ktorý uznal odvolací senát v napadnutom rozhodnutí ako „rozvíjajúci sa a veľmi známy [a zahŕňajúci] milión zákazníkov v 200 krajinách“ (bod 64). Tieto veľmi málo podozrivé dôkazy, ktoré sa zhodujú s ostatnými dôkazmi predloženými žalobkyňou, posilňujú hodnovernosť jej dôkazov. Vzhľadom na neexistenciu konkrétneho spochybnenia vyjadrené v súvislosti s ich pravdivosťou a vzhľadom na pravdivý charakter informácií, ktoré prinášajú, Všeobecný súd považuje všetky dôkazy uvedené v bodoch 57 až 73 vyššie za hodnoverné, pretože ide o údaje, ktoré žalobkyňa účinne predložila s cieľom preukázať rozlišovaciu spôsobilosť spornej ochrannej známky nadobudnutú používaním k 19. júnu 2013 na príslušnom území.

75 Za týchto podmienok s prihliadnutím na kritériá posudzovania nadobudnutia rozlišovacej spôsobilosti ochrannej známky používaním, konkrétne na kritériá pripomenuté v bodoch 27 až 29 vyššie, a vzhľadom jednak na jednotlivé nesprávne právne posúdenia či nesprávne právne kvalifikácie skutočností uvedených v bodoch 38 až 55 vyššie, a jednak na mnoho dôkazov predložených žalobkyňou pred odvolacím senátom, uvedených v bodoch 57 až 74 vyššie, ktoré mohli užitočne prispieť k prípadnému preukázaniu nadobudnutia rozlišovacej spôsobilosti spornej ochrannej známky používaním na príslušnom území, ale ktoré odvolací senát na tieto účely nezohľadnil, sa zdá, že napadnuté rozhodnutie nie je dostatočne podložené platnými dôvodmi, na základe ktorých možno odôvodniť jeho výrok, pokiaľ ide služby v oblasti hazardných hier a stávok patriace do triedy 41 a uvedené v prihláške. Vzhľadom na tieto služby sa preto jediný žalobný dôvod na zrušenie zdá byť odôvodnený, pričom nie je potrebné skúmať posledné tvrdenia uvedené žalobkyňou v súvislosti s nepredložením prieskumu mienky či dôkazov pochádzajúcich od obchodnej komory, ktoré jej vytkol odvolací senát.

76 Je nutné spresniť, že vzhľadom na dôvody odôvodňujúce zrušenie napadnutého rozhodnutia Všeobecnému súdu neprináleží vykonať podrobnú analýzu a urobiť záver pre celé príslušné územie o to viac, že samotný odvolací senát nevykonal takúto analýzu (pozri analogicky rozsudok z 5. júla 2011, Edwin/ÚHVT, C-263/09 P, EU:C:2011:452, body 71 a 72).

77 Vzhľadom na prechádzajúce úvahy sa napadnuté rozhodnutie musí zamietnuť v rozsahu, v akom sa týka služieb patriacich do triedy 41 uvedených v prihláške spornej ochrannej známky.

O trovách

78 Podľa článku 134 ods. 3 Rokovacieho poriadku Všeobecného súdu, ak mali účastníci konania úspech len v časti predmetu konania, každý z nich znáša svoje vlastné trovy konania. Ak sa to však zdá oprávnené vzhľadom na okolnosti prípadu, Všeobecný súd môže rozhodnúť, že účastník konania znáša svoje vlastné trovy konania a je povinný nahradiť časť trov konania druhého účastníka.

79 Keďže žalobkyňa, EUIPO a vedľajší účastník konania mali úspech len v časti predmetu konania, treba vzhľadom na okolnosti v prejednávanej veci rozhodnúť, že každý z účastníkov konania znáša svoje vlastné trovy konania.

Z týchto dôvodov

VŠEOBECNÝ SÚD (deviata komora)

rozhodol takto:

1. **Rozhodnutie piateho odvolacieho senátu Úradu Európskej únie pre duševné vlastníctvo (EUIPO) z 21. marca 2016 (vec R 3243/2014-5) sa zrušuje v rozsahu, v akom sa týka služieb patriacich do triedy 41 uvedených v prihláške ochrannej známky BET 365.**

2. **V zostávajúcej časti sa žaloba zamieta.**

3. **Každý účastník konania znáša svoje vlastné trovy konania.**

Gervasoni Madise da Silva Passos

Rozsudok bol vyhlásený na verejnom pojednávaní v Luxemburgu 14. decembra 2017.

Podpisy