Recopilación de la Jurisprudencia

SENTENCIA DEL TRIBUNAL GENERAL (Sala Novena)

de 14 de diciembre de 2017*

«Marca de la Unión Europea — Procedimiento de nulidad — Marca denominativa de la Unión BET365 — Motivo de denegación absoluto — Carácter distintivo adquirido por el uso — Prueba — Uso de la marca con varios fines — Artículo 7, apartado 3, y artículo 52, apartado 2, del Reglamento (CE) n.º 207/2009 [actualmente artículo 7, apartado 3, y artículo 59, apartado 2, del Reglamento (UE) 2017/1001]»

En el asunto T-304/16,

bet365 Group Ltd, con domicilio social en Stoke-on-Trent (Reino Unido), representada por el Sr. S. Malynicz, QC, el Sr. R. Black, Solicitor, y la Sra. J. Bickle, Solicitor,

parte recurrente,

contra

Oficina de Propiedad Intelectual de la Unión Europea (EUIPO), representada por el Sr. S. Hanne, en calidad de agente,

parte recurrida,

y en el que la otra parte en el procedimiento ante la Sala de Recurso de la EUIPO, que interviene como coadyuvante ante el Tribunal General, es:

Robert Hansen, con domicilio en Múnich (Alemania), representado por el Sr. M. Pütz-Poulalion, abogado,

que tiene por objeto un recurso interpuesto contra la resolución de la Quinta Sala de Recurso de la EUIPO de 21 de marzo de 2016 (asunto R 3243/2014-5), relativa a un procedimiento de nulidad entre el Sr. Hansen y bet365 Group,

EL TRIBUNAL GENERAL (Sala Novena),

integrado por el Sr. S. Gervasoni, Presidente, y los Sres. L. Madise (Ponente) y R. da Silva Passos, Jueces;

Secretario: Sr. I. Dragan, administrador;

habiendo considerado el escrito de demanda presentado en la Secretaría del Tribunal General el 15 de junio de 2016;

* Lengua de procedimiento: inglés.

habiendo considerado el escrito de contestación de la EUIPO presentado en la Secretaría del Tribunal General el 12 de agosto de 2016;

habiendo considerado el escrito de contestación del coadyuvante presentado en la Secretaría del Tribunal General el 7 de septiembre de 2016;

celebrada la vista el 17 de mayo de 2017;

dicta la siguiente

Sentencia

Antecedentes del litigio

1 El 23 de mayo de 2007, la recurrente, bet365 Group Ltd, presentó una solicitud de registro de marca de la Unión en la Oficina de Propiedad Intelectual de la Unión Europea (EUIPO), en virtud del Reglamento (CE) n.º 40/94 del Consejo, de 20 de diciembre de 1993, sobre la marca de la Unión Europea (DO 1994, L 11, p. 1), en su versión modificada [sustituido por el Reglamento (CE) n.º 207/2009 del Consejo, de 26 de febrero de 2009, sobre la marca de la Unión Europea (DO 2009, L 78, p. 1), en su versión modificada, sustituido a su vez por el Reglamento (UE) 2017/1001 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de junio de 2017, sobre la marca de la Unión Europea (DO 2017, L 154, p. 1)].

2 La marca cuyo registro se solicitó es el signo denominativo BET365.

3 Los productos y servicios para los que se solicitó el registro pertenecen, tras la limitación realizada durante el procedimiento ante la EUIPO, a las clases 9, 28, 35, 36, 38, 41 y 42 del Arreglo de Niza relativo a la Clasificación Internacional de Productos y Servicios para el Registro de las Marcas, de 15 de junio de 1957, en su versión revisada y modificada, y responden, respectivamente, a las siguientes descripciones:

– clase 9: «Software informático; software informático para servicios de apuestas y juegos de azar y gestión de bases de datos; publicaciones electrónicas; juegos de ordenador; juegos informáticos electrónicos e interactivo; software informático y programas de ordenador para su distribución y para su uso por usuarios de servicios de apuestas y juegos; programas de juegos informáticos descargados a través de Internet [software]; software de juegos para ordenadores; programas de ordenador para juegos; programas informáticos descargables desde Internet; CDs y DVDs; aparatos de juegos concebidos para su utilización con receptores de televisión; software informático para su uso en la descarga, transmisión, recepción, edición, extracción, codificación, descodificación, reproducción, almacenamiento y organización de datos, incluyendo datos de audio y vídeo»;

– clase 28: «Juegos, juguetes; aparatos de juego (distintos de los adaptados para ser utilizados con receptores de televisión); juegos que implican juegos de azar»;

– clase 35: «Publicidad; gestión de negocios comerciales; administración comercial; trabajos de oficina; servicios de tratamiento de la información en línea»;

– clase 36: «Servicios financieros; servicios financieros relacionados con apuestas, juegos de azar, juegos de apuestas, loterías o correduría de apuestas; facilitación de información financiera relacionada con apuestas, juegos de azar, juegos de apuestas, loterías o correduría de apuestas; información, asesoramiento y asistencia relacionados con los servicios mencionados»;

– clase 38: «Facilitación y emisión de licencias de acceso a sistemas de redes multiusuario con acceso a información sobre juegos de azar y de apuestas y servicios a través de Internet y otras redes globales o mediante telefonía (incluyendo teléfonos móviles); servicios de telecomunicaciones; transmisión de programas de radio o televisión; servicios de suministro continuo de datos; emisión de televisión y radio en directo; servicio de vídeo en línea que ofrece emisión continua en directo de eventos culturales, de esparcimiento y deportivos; facilitación de servicios de chatrooms en Internet; facilitación de foros en línea; servicios de transmisión y comunicación; transmisión de sonido y/o imágenes; transmisión asistida por ordenador de noticias e imágenes; servicios de correo electrónico; servicios de telecomunicaciones relacionados con Internet o a través de telefonía incluyendo teléfonos móviles; telecomunicación de información (inclusive páginas web); suministro de enlaces de telecomunicaciones a bases de datos informáticas y a sitios web en Internet o mediante telefonía incluyendo teléfonos móviles; información sobre telecomunicaciones; servicios de información de hechos relacionados con las telecomunicaciones»;

– clase 41: «Prestación de servicios de apuestas y juegos de azar a través de sitios físicos y electrónicos y centros telefónicos; servicios de apuestas, loterías y juegos de azar; servicios de tarjetas de crédito, de apuestas, juegos de azar, juegos de apostar, lotería o correduría de apuestas; organización y realización de loterías; servicios de apuestas electrónicas, juegos de azar, juegos de apuestas y de loterías prestados por medio de Internet, o una red informática global, o en línea desde una base de datos en una red informática o a través de telefonía, incluyendo teléfonos móviles o a través de un canal de televisión, incluyendo un canal de televisión distribuido vía satélite, terrestre o televisión por cable; juegos de póquer, bingo y habilidades interactivos y juegos de apuestas incluyendo formatos de juegos de un solo jugador y de múltiples jugadores; presentación y producción de competiciones, torneos, juegos y juegos de apuestas de póquer y bingo; actividades de esparcimiento, deportivas y culturales; organización y dirección de competiciones; servicios de juego a distancia prestados a través de enlaces de comunicación; información sobre apuestas facilitada en línea desde una base de datos informática o desde Internet; servicios relacionados con el juego de azar con fines de esparcimiento; servicios de juegos electrónicos proporcionados a través de Internet; organización de juegos; prestación de servicios de juegos en línea; servicios para la explotación de bingo informatizado y juegos de habilidades; información relativa a juegos de azar suministrada en línea desde una base de datos informática o a través de Internet; servicios de información y asesoramiento relacionados con todos los servicios mencionados; servicios de información de hechos relacionados con los deportes»;

– clase 42: «Servicios de asesoramiento, consultoría y diseño informáticos, arrendamiento, alquiler y contratación de software informático, programación de ordenadores».

4 El examinador informó a la recurrente de que tenía la intención de desestimar la solicitud de registro basándose en que la marca que se quería registrar era descriptiva de los productos y servicios de que se trata para el consumidor medio conocedor del inglés, en la medida en que el elemento «bet» se remitía a las apuestas y el elemento «365» al número de días que tiene un año, lo cual significaba que la marca hacía referencia a una oferta de apuestas disponible todo el año. Según el examinador, la referida marca estaba, por tanto, comprendida dentro del ámbito de aplicación del artículo 7, apartado 1, letra c), del Reglamento n.º 40/94 [que pasó a ser el artículo 7, apartado 1, letra c), del Reglamento n.º 207/2009, el cual, a su vez, ha pasado a ser actualmente el artículo 7, apartado 1, letra c), del Reglamento 2017/1001], conforme al cual se denegará el registro de las marcas que estén compuestas exclusivamente por signos o por indicaciones que puedan servir, en el comercio, para designar la especie, la calidad, la cantidad, el destino, el valor, la procedencia geográfica o la época de producción del producto o de la prestación del servicio, u otras características del producto o del servicio. El examinador añadió que la marca cuyo registro se solicitaba carecía asimismo de carácter distintivo, lo cual hacía que estuviese comprendida dentro del ámbito de aplicación del artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento n.º 40/94 [que pasó a ser el artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento n.º 207/2009, el cual, a su vez, ha pasado a ser actualmente el artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento 2017/1001], e impedía, por ello, su registro.

5 La recurrente cuestionó la apreciación preliminar del examinador, pero alegó también que la marca solicitada había adquirido, en la fecha de la solicitud de registro, un carácter por el uso, circunstancia que, habida cuenta de las disposiciones del artículo 7, apartado 3, del Reglamento n.º 40/94 (que pasó a ser el artículo 7, apartado 3, del Reglamento n.º 207/2009, el cual, a su vez, ha pasado a ser actualmente el artículo 7, apartado 3, del Reglamento 2017/1001), debía, en cualquier caso, permitir su registro. La demandante aportó en apoyo de su demostración en ese sentido una declaración de su director general, el Sr. C., y una declaración del Sr. H., director general de la Remote Gambling Association, que es una asociación que agrupa a operadores de juegos de azar y de apuestas. Esas declaraciones, junto a sus anexos, tenían como finalidad sustentar el hecho de que la marca que se solicitaba disponía de importantes cuotas de mercado, demostrar el alcance geográfico y la antigüedad de su uso, así como las inversiones realizadas para promocionarla, y poner de manifiesto que su uso era reconocido por la industria y el comercio y que la recurrente era la única que utilizaba la marca para los productos y los servicios contemplados.

6 Mediante escrito de 29 de septiembre de 2008, el examinador admitió que los elementos aportados por la recurrente demostraban que la marca solicitada había adquirido un carácter distintivo por el uso. A este respecto, el examinador señaló que los documentos presentados mostraban que el elemento «bet365» había sido utilizado en diferentes contextos y estilos y que la declaración del Sr. C. ponía de manifiesto un uso constante y cada vez más importante desde 1991, ya que en la época del escrito la recurrente trataba más de dos millones de apuestas por semana y era la decimosexta sociedad privada del Reino Unido. Según el examinador, los recortes de prensa indicaban, en particular, que la marca había sido utilizada como marca comercial dirigida al público para los productos y servicios de apuestas deportivas y juegos de azar por Internet en Irlanda y el Reino Unido. A su entender, además, se demostró que la marca había sido objeto de un promoción publicitaria en la Unión Europea, en particular, en Irlanda y el Reino Unido, pero también en los periódicos en Dinamarca, Alemania, España y Suecia, habiendo pasado a ser el presupuesto destinado a publicidad de 48 000 libras esterlinas (GBP) en 2001 a 6 000 000 de libras esterlinas en 2007.

7 Por consiguiente, la solicitud de registro de la marca se publicó en el *Boletín de Marcas Comunitarias* n.º 2008/041, de 13 de octubre de 2008. Sin observaciones de terceros, pero tras una oposición desestimada, la marca fue registrada el 15 de febrero de 2012 para los productos y servicios solicitados enumerados en el apartado 3 anterior, pertenecientes a las clases 9, 28, 35, 36, 38, 41 y 42. El registro de la marca fue publicado en el *Boletín de Marcas Comunitarias* n.º 2012/034, de 17 de febrero de 2012.

8 El 19 de junio de 2013, el coadyuvante, el Sr. Robert Hansen, tras haber presentado el 18 de febrero de 2013 una solicitud de registro para la marca denominativa b365 que fue objeto, con éxito, de una oposición por parte de la recurrente, presentó una solicitud de nulidad de la marca BET365, alegando que era descriptiva de los productos y servicios para los que estaba destinada y que no era distintiva.

9 Durante el procedimiento contradictorio que tuvo lugar a continuación, la recurrente aportó nuevas declaraciones de los Sres. C. y H., fechadas, respectivamente, el 2 de enero de 2014 (con 34 anexos) y el 20 de diciembre de 2013 (con un anexo). Si bien volvió a defender la idea de que la marca controvertida era en sí misma no descriptiva y distintiva, afirmó también que, desde la presentación de su solicitud de registro en 2007, y, en particular, hasta la fecha de presentación de la solicitud de nulidad en 2013, su uso como marca que le confería un carácter distintivo se había reforzado. A este respecto, la recurrente volvió a utilizar, actualizándolos, los elementos que había aducido anteriormente, con el fin de demostrar que la marca controvertida disponía de considerables cuotas de mercado, poner de manifiesto el alcance geográfico y la antigüedad de su uso, subrayar las inversiones realizadas para promocionarla y mostrar que su uso era reconocido por la industria y el comercio y que la recurrente era la única que la utilizaba para los productos y los servicios contemplados.

10 Por su parte, el coadyuvante cuestionó, en particular, la pertinencia de los elementos de prueba aportados por la recurrente para demostrar que el uso de la marca controvertida le había dado un carácter distintivo. En especial, el coadyuvante alegó que la recurrente operaba sobre todo en Irlanda y el Reino Unido y que el elemento «bet365» era utilizado por ella sólo como nombre de sociedad y como nombre de dominio de Internet para orientar a la clientela hacia su sitio de Internet, pero no para identificar los servicios ofrecidos a esa clientela propiamente dichos, que se identificaban por medio de otros signos, con la única excepción del juego bet365 bingo.

11 Tras haber recibido una serie de observaciones complementarias de la recurrente, la División de Anulación desestimó la solicitud de nulidad mediante resolución de 24 de noviembre de 2014. Aunque confirmó que en sí misma la marca controvertida era descriptiva de los productos y servicios de que se trata, al menos en una gran parte de la Unión, y que, por consiguiente, era inicialmente no distintiva, la División de Anulación admitió que dicha marca había adquirido un carácter distintivo mediante el uso. En esencia, la División de Anulación subrayó que la demandante había demostrado que desarrollaba una parte importante de sus actividades bajo el nombre BET365 y que el coadyuvante no cuestionaba la utilización de dicho nombre por la recurrente como nombre de sociedad y como parte del nombre de dominio de su sitio de Internet. Pues bien, según la División de Anulación, aunque, en teoría, los usos de un término como marca para productos y servicios y como nombre de sociedad pueden distinguirse perfectamente, en la práctica, la distinción puede difuminarse para el público cuando el mismo término se utiliza con los dos fines. En opinión de la División de Anulación, en el caso de autos, era muy improbable que el consumidor medio hiciese tal distinción cuando utilizaba el sitio de Internet de la recurrente para jugar y apostar, aun cuando diferentes juegos o apuestas propuestos tuviesen nombres específicos diferentes. A su juicio, en particular, era muy improbable que el consumidor medio tuviese dudas sobre que esos juegos y apuestas eran propuestos por la recurrente, identificada mediante la marca controvertida, dado que esta última había sido objeto de importantes campañas de promoción y ampliamente difundida en la prensa.

12 El coadyuvante interpuso recurso ante la EUIPO contra la resolución de la División de Anulación solicitando de nuevo que se declarase la nulidad de la marca controvertida. En esencia, criticó el hecho de que la División de Anulación hubiese podido deducir la existencia de un uso que confiriese a la marca controvertida un carácter distintivo que permitiese identificar, en toda la Unión, el origen comercial de los diferentes productos y servicios contemplados a la luz de la mención del elemento «bet365» en los extractos de prensa difundidos en Irlanda y el Reino Unido (a su entender, para identificar a la recurrente o las cuotas de apuestas propuestas por ésta) y de la utilización de ese elemento como nombre de dominio del sitio de Internet de la recurrente y en una esquina de las páginas de dicho sitio.

13 Mediante resolución de 21 de marzo de 2016 (en lo sucesivo, «resolución impugnada»), la Quinta Sala de Recurso de la EUIPO estimó el recurso confirmando el carácter descriptivo e intrínsecamente no distintivo de la marca controvertida con respecto a la parte anglófona del publico afectado y negando que dicha marca hubiese adquirido, por el uso, un carácter distintivo en una parte sustancial del territorio pertinente en el cual estaba intrínsecamente desprovista de tal carácter distintivo, a saber, según la Sala de Recurso, habida cuenta de la fecha en la que se presentó la solicitud de registro, Dinamarca, Irlanda, los Países Bajos, Finlandia, Suecia y el Reino Unido (apartados 52 a 55 de la resolución impugnada por lo que respecta al territorio pertinente).

14 En esencia, la Sala de Recurso indicó que la demostración de la adquisición de un carácter distintivo mediante el uso requería que se demostrase que al menos una parte significativa del público pertinente percibía el signo en cuestión como un indicador del origen comercial de los productos o los servicios de que se trataba. Pues bien, a juicio de la Sala de Recurso, aunque la recurrente había demostrado claramente su éxito comercial, sin embargo, no había probado la existencia de un vínculo entre ese éxito o sus acciones publicitarias y la percepción que tenía el público de la marca controvertida.

15 Según la Sala de Recurso, a este respecto, habían faltado suficientes elementos de prueba directos (en particular, apartados 66 a 68, 71 y 73 a 75 de la resolución impugnada). Más concretamente, la Sala de Recurso indicó que los elementos aportados por la recurrente para demostrar que la marca controvertida había adquirido un carácter distintivo por el uso eran principalmente artículos de prensa que, en su mayor parte, no guardaban relación con el territorio pertinente y que la marca que figuraba en los documentos redactados en inglés, que no estaban fechados, correspondía, de hecho, a tres representaciones figurativas y de color que incluían el elemento «bet365» y que, por otra parte, habían sido registradas por la recurrente, pero no correspondía a la marca controvertida (apartado 56 de la resolución impugnada).

16 La Sala de Recurso admitió que los elementos aportados por la recurrente consistían también en publicidad difundida en la televisión en Dinamarca, Suecia y el Reino Unido, en publicidad difundida en la radio en el Reino Unido, relativa, sin embargo, según la Sala de Recurso, al juego bet365 bingo y no a la marca controvertida, en vallas publicitarias colocadas en terrenos deportivos en diferentes lugares de la Unión en los que se celebraban partidos de fútbol emitidos en la televisión en Suecia y el Reino Unido, en elementos relacionados con el patrocinio de carreras hípicas, principalmente, en el Reino Unido, y con el patrocinio del club de fútbol Stoke City FC y en importes de inversión publicitaria. Aunque subrayó que los elementos aportados atañían principalmente al Reino Unido y no a los otros países del territorio pertinente, la Sala de Recurso reconoció, no obstante, que eran adecuados por lo que se refiere al período que debía ser objeto de examen (apartados 57 a 63 y 66 de la resolución impugnada). Asimismo, la Sala de Recurso reconoció que la recurrente le había convencido de su éxito comercial, ya que contaba con más de 21 millones de clientes en 200 países, y que, en particular, la cuota de mercado de su sitio de Internet de apuestas era impresionante (apartado 64 de la resolución impugnada).

17 Sin embargo, la Sala de Recurso manifestó sus dudas acerca de que el éxito de la recurrente demostrase la adquisición de un carácter distintivo por el uso de la marca controvertida. A juicio de la Sala de Recurso, tal como había sostenido el coadyuvante, los elementos aportados por la recurrente se referían al uso del elemento «bet365» para designarse ella misma o para designar su sitio de Internet, pero no a su uso como marca a efectos de la identificación de los productos y servicios registrados (apartados 68, 69, 77 y 79 de la resolución impugnada). La Sala de Recurso subrayó que los volúmenes de negocios, las inversiones publicitarias y los otros elementos aportados por la recurrente no estaban repartidos entre todos los productos y servicios para los que había sido registrada la marca controvertida y que, por consiguiente, no era posible saber qué percepción tenía de ésta el consumidor con respecto a los diferentes productos y servicios. En particular, según la Sala de Recurso, ningún sondeo de opinión ni ninguna apreciación de alguna cámara de comercio o asociación de consumidores o de algún competidor proporciona indicaciones a este respecto y los elementos aportados sólo atañían a los servicios pertenecientes a la clase 41 referente a las apuestas y a los juegos de azar propiamente dichos (apartados 70 a 76 de la resolución impugnada). La Sala de Recurso añadió que el número de búsquedas en Internet de un término no podía bastar para probar que se hubiese convertido en distintivo, ya que esa información no da ninguna indicación «sobre los criterios definidos previamente para evaluar la intensidad de su uso y su reconocimiento como signo distintivo por el público pertinente» (apartado 78 de la resolución impugnada). El apartado 80 de la resolución impugnada indica, como conclusión, que «la notoriedad de la marca controvertida entre los consumidores no ha sido demostrada por los elementos aportados».

Pretensiones de las partes

18 La recurrente solicita al Tribunal que:

– Anule la resolución impugnada.

– Condene a la EUIPO y al coadyuvante a cargar con sus propias costas y con las costas de la recurrente.

19 La EUIPO solicita al Tribunal que:

– Desestime el recurso.

– Condene en costas a la recurrente.

20 El coadyuvante solicita al Tribunal que:

– Desestime el recurso.

– Condene en costas a la recurrente, incluidos los gastos de procedimiento en los que él incurrió.

Fundamentos de Derecho

21 La recurrente invoca un motivo único, basado en la infracción del artículo 7, apartado 3, del Reglamento n.º 207/2009, apoyándose en varias series de alegaciones. En primer lugar, según la recurrente, la Sala de Recurso no apreció correctamente las pruebas del uso de la marca controvertida, en particular, por lo que se refiere al alcance territorial de dicho uso. En segundo lugar, a su juicio, la Sala de Recurso no tuvo en cuenta de manera adecuada las pruebas aportadas por el Sr. H., director general de la Remote Gambling Association. En tercer lugar, en opinión de la recurrente, la Sala de Recurso consideró erróneamente que las pruebas aportadas no demostraban el uso de la marca controvertida o su uso como marca comercial. En cuarto y quinto lugar, según la recurrente, la Sala de Recurso la penalizó erróneamente por el hecho de que entre los elementos de prueba que había aportado no hubiese sondeos ni elementos procedentes de alguna cámara de comercio.

22 Con carácter preliminar, debe subrayarse que, en la fase del recurso ante el Tribunal, la recurrente no cuestiona el carácter intrínsecamente descriptivo y no distintivo de la marca controvertida por lo que respecta al conjunto de productos y servicios para los que se solicitó su registro. Por tanto, el examen del Tribunal atañe únicamente a la cuestión de la adquisición, por parte de la referida marca, de un carácter distintivo por el uso.

23 Asimismo, es preciso admitir que el motivo único de la recurrente, aunque sólo menciona explícitamente una infracción del artículo 7, apartado 3, del Reglamento n.º 207/2009, que atañe, en particular, al registro de marcas en sí mismas descriptivas y no distintivas, pero que han adquirido un carácter distintivo por el uso en la fecha de solicitud de su registro, también tiene por objeto una infracción del artículo 52, apartado 2, del mismo Reglamento (actualmente artículo 59, apartado 2, del Reglamento 2017/1001), aplicable a los procedimientos de nulidad como el del caso de autos, en virtud del cual una marca en sí misma descriptiva y no distintiva que hubiese sido registrada infringiendo el artículo 7 del Reglamento n.º 207/2009 no podrá ser declarada nula si, por el uso que se haya hecho de ella, hubiera adquirido después de su registro un carácter distintivo para los productos o los servicios para los cuales esté registrada. En efecto, tal como, en esencia, se ha subrayado en la sentencia de 28 de septiembre de 2016, European Food/EUIPO — Société des produits Nestlé (FITNESS) (T-476/15, actualmente recurrida en casación, EU:T:2016:568), apartado 64, el procedimiento de nulidad por motivos absolutos previsto en el artículo 52 del Reglamento n.º 207/2009 remite directamente a los motivos de denegación de registro que figuran en el artículo 7 del mismo Reglamento, así como a la excepción de adquisición de un carácter distintivo mediante el uso que atempera dichos motivos, siendo la única eventual diferencia de fondo entre los dos procedimientos el momento en el que debe apreciarse la adquisición de tal carácter distintivo. A este respecto, en la sentencia de 15 de diciembre de 2016, Mondelez UK Holdings & Services/EUIPO — Société des

produits Nestlé (Forma de una tableta de chocolate) (T-112/13, no publicada, actualmente recurrida en casación, EU:T:2016:735), apartado 117, el Tribunal confirmó que, en el marco de un procedimiento de nulidad en relación con motivos de denegación absolutos, el titular de la marca que se impugnaba podía o bien probar que había adquirido un carácter distintivo mediante el uso antes de su registro, o bien probar que había adquirido tal carácter entre su registro y la fecha de la solicitud de nulidad.

24 En el caso de autos, habida cuenta de lo indicado en los apartados 22 y 23 anteriores, en el marco del procedimiento de nulidad, basta pronunciarse teniendo en cuenta la situación existente en la fecha de presentación de la solicitud de nulidad, es decir, el 19 de junio de 2013, como expuso la Sala de Recurso en el apartado 53 de la resolución impugnada.

25 Tal como se subraya en reiterada jurisprudencia, si, en virtud del artículo 7, apartado 3, del Reglamento n.º 207/2009, los motivos de denegación absolutos previstos en el artículo 7, apartado 1, letras b) a d), del mismo Reglamento [actualmente artículo 7, apartado 1, letras b) a d), del Reglamento 2017/1001] no se oponen al registro de una marca si ésta hubiera adquirido, para los productos o servicios para los cuales se solicita el registro, un carácter distintivo como consecuencia del uso que se ha hecho de ella es porque, en este supuesto, el hecho de que el público pertinente perciba efectivamente la marca de que se trata como una indicación del origen comercial de un producto o de un servicio es el resultado del esfuerzo económico del solicitante del registro de la marca. Esta circunstancia justifica separarse de las consideraciones de interés general en las que se sustenta el artículo 7, apartado 1, letras b) a d), del Reglamento n.º 207/2009, que exigen, cuando no existe tal esfuerzo económico, que las marcas a las que se refieren esas disposiciones puedan ser libremente utilizadas, para impedir la creación de una ventaja competitiva ilegítima a favor de un único operador económico [véase la sentencia de 24 de febrero de 2016, Coca-Cola/OAMI (Forma de una botella curvada sin estrías), T-411/14, EU:T:2016:94, apartado 66 y jurisprudencia citada]. Estas consideraciones son también válidas con respecto a una marca que haya sido registrada ignorando las disposiciones del artículo 7, apartado 1, letras b) a d), del Reglamento n.º 207/2009, pero que haya adquirido un carácter distintivo por el uso después de su registro, tal como resulta del artículo 52, apartado 2, del mismo Reglamento.

26 Por lo que atañe al territorio con respecto al cual el carácter distintivo adquirido por el uso debe probarse para que se apliquen las excepciones mencionadas en el artículo 7, apartado 3, y en el artículo 52, apartado 2, del Reglamento n.º 207/2009, procede recordar que, conforme al artículo 1, apartado 2, de dicho Reglamento (actualmente artículo 1, apartado 2, del Reglamento 2017/1001), la marca de la Unión Europea tiene un carácter unitario, lo que significa que producirá los mismos efectos en el conjunto de la Unión. Del carácter unitario de la marca de la Unión Europea resulta que, para poder ser registrado, un signo debe tener carácter distintivo en el conjunto de la Unión. De este modo, según el artículo 7, apartado 2, del Reglamento n.º 207/2009 (actualmente artículo 7, apartado 2, del Reglamento 2017/1001), deberá denegarse el registro de una marca si carece de carácter distintivo en una parte de la Unión [sentencia de 30 de marzo de 2000, Ford Motor/OAMI (OPTIONS), T-91/99, EU:T:2000:95, apartados 23 a 25]. Por lo tanto, es necesario acreditar la adquisición por el uso de un carácter distintivo en todo el territorio en el que la marca carecía *ab initio* de tal carácter, pudiendo dicho territorio estar constituido, en su caso, por un solo Estado miembro [sentencia de 22 de junio de 2006, Storck/OAMI, C-25/05 P, EU:C:2006:422, apartado 83; véase, asimismo, la sentencia de 16 de marzo de 2016, Työhönvalmennus Valma/OAMI (Forma de una caja de juegos que contiene bloques de madera), T-363/15, no publicada, EU:T:2016:149, apartado 35 y jurisprudencia citada]. No obstante, el Tribunal de Justicia ha declarado que resultaría excesivo exigir que se aportara la prueba de la adquisición de un carácter distintivo por el uso respecto de cada uno de los Estados miembros (sentencia de 24 de mayo de 2012, Chocoladefabriken Lindt & Sprüngli/OAMI, C-98/11 P, EU:C:2012:307, apartado 62). A este respecto, la extrapolación de la adquisición del carácter distintivo por el uso en determinados Estados miembros a otros Estados miembros no puede excluirse, siempre y cuando elementos objetivos y creíbles permitan concluir que

esos mercados son comparables por lo que respecta a la percepción de la marca controvertida por el público pertinente (véase, en este sentido, la sentencia de 24 de febrero de 2016, Forma de una botella curvada sin estrías, T-411/14, EU:T:2016:94, apartado 80).

27 El reconocimiento de la adquisición de un carácter distintivo por el uso de la marca exige que al menos una parte significativa del público pertinente identifique gracias a la marca los productos o los servicios en cuestión como procedentes de una empresa determinada. Sin embargo, las circunstancias en que puede considerarse cumplido el requisito ligado a la adquisición de carácter distintivo por el uso no se pueden determinar únicamente en función de datos generales y abstractos. Deben tomarse en consideración factores como la cuota de mercado de la marca, la intensidad, la extensión geográfica y la duración del uso de esta marca, la importancia de las inversiones hechas por la empresa para promocionarla, la proporción de los sectores interesados que identifican el producto atribuyéndole una procedencia empresarial determinada gracias a la marca, así como las declaraciones de cámaras de comercio e industria o de otras asociaciones profesionales [véanse las sentencias de 21 de abril de 2010, Schunk/OAMI (Representación de un segmento de un mandril), T-7/09, no publicada, EU:T:2010:153, apartados 39 y 41 y jurisprudencia citada, y de 24 de febrero de 2016, Forma de una botella curvada sin estrías, T-411/14, EU:T:2016:94, apartados 69 y 70 y jurisprudencia citada].

28 Asimismo, debe recordarse que de la jurisprudencia se desprende que el carácter distintivo de una marca, incluido el adquirido por el uso, debe apreciarse también en relación con los productos o servicios para los que se solicita u obtiene el registro de la marca, tomando en consideración la percepción de la categoría de productos o servicios de que se trata que se presume en un consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz (véanse las sentencias de 21 de abril de 2010, Representación de un segmento de un mandril, T-7/09, no publicada, EU:T:2010:153, apartado 42 y jurisprudencia citada, y de 24 de febrero de 2016, Forma de una botella curvada sin estrías, T-411/14, EU:T:2016:94, apartado 71 y jurisprudencia citada).

29 De la jurisprudencia también se desprende que la prueba del carácter distintivo adquirido por el uso no puede efectuarse mediante datos aislados como la mera presentación de los volúmenes de venta de los productos o servicios de que se trate y del material publicitario. El solo hecho de que el signo se haya utilizado en el territorio de la Unión desde cierto tiempo tampoco basta para demostrar que el público al que se dirigen los productos o servicios considerados perciba ese signo como una indicación del origen comercial [véanse, en este sentido, las sentencias de 12 de septiembre de 2007, Glaverbel/OAMI (Textura de una superficie de vidrio), T-141/06, no publicada, EU:T:2007:273, apartados 41 y 42, y de 24 de febrero de 2016, Forma de una botella curvada sin estrías, T-411/14, EU:T:2016:94, apartado 72].

30 A este respecto, la demostración de la adquisición del carácter distintivo por el uso debe efectuarse gracias al «uso de la marca como tal», es decir, el uso de la marca a los fines de la identificación de los productos o servicios objeto de la marca por los sectores interesados, considerando que proceden de la empresa que utiliza esa marca (véase, en este sentido y por analogía, la sentencia de 7 de julio de 2005, Nestlé, C-353/03, EU:C:2005:432, apartados 26 y 29).

31 El motivo único del recurso debe apreciarse a la luz de los anteriores principios, tras haber aportado, no obstante, algunas precisiones por lo que atañe, por una parte, al territorio pertinente y, por otra, a los diferentes productos y servicios de que se trata.

32 En la parte de la resolución impugnada en la que se constata el carácter descriptivo y la inexistencia de carácter distintivo intrínseco de la marca controvertida, la Sala de Recurso indicó que, habida cuenta del significado del elemento «bet» en inglés, habían quedado probados el carácter descriptivo y la inexistencia de carácter distintivo intrínseco con respecto a los consumidores anglófonos de la Unión, sin precisar a qué países se hacía referencia (apartados 16 y 32). Sin embargo, en la parte de la resolución impugnada dedicada al examen de la adquisición o no por la marca controvertida de un

carácter distintivo por el uso, la Sala de Recurso estimó que el territorio pertinente afectado, apreciado en la fecha de presentación de la solicitud de registro en 2007, estaba formado por Dinamarca, Irlanda, los Países Bajos, Finlandia, Suecia y el Reino Unido, países en los cuales se habla inglés o es ampliamente conocido (apartados 52 y 55 de la resolución impugnada). En el marco del presente recurso, la EUIPO y el coadyuvante, en los escritos de contestación, sostienen que la delimitación del territorio pertinente debería haber sido más amplia. Así, la EUIPO alega que la prueba de la adquisición por la marca controvertida de un carácter distintivo por el uso debería haberse referido a todos los Estados miembros en los que el público pertinente tenga al menos un conocimiento pasivo del inglés. Por su parte, el coadyuvante sostiene que la mayor parte de los consumidores de la Unión tienen, al menos, conocimientos elementales de inglés y que, por consiguiente, el análisis de la adquisición de un carácter distintivo por el uso debería haberse hecho con respecto a la totalidad de los Estados miembros.

33 A este respecto, procede señalar que la Sala de Recurso no incurrió en ningún error al considerar, en esencia, en la parte de la resolución impugnada relativa a esta cuestión, que el examen de la adquisición por la marca controvertida de un carácter distintivo por el uso debía limitarse únicamente a los Estados miembros de la Unión en los que una gran parte de los consumidores hablaban o comprendían el inglés y, por tanto, tenían la posibilidad de captar el sentido de la expresión «bet365». Las argumentaciones expuestas por la EUIPO y el coadyuvante sobre este aspecto no pueden acogerse, ya que equivaldrían a considerar, erróneamente, que la comprensión de la referida expresión también existe en la parte esencial del público pertinente de los países en los que el inglés no es ampliamente hablado o comprendido por los consumidores.

34 Sin embargo, debe, asimismo, señalarse que, en el apartado 54 de la resolución impugnada, la Sala de Recurso subrayó que debía tenerse en cuenta la adhesión a la Comunidad Europea de la República de Chipre y de la República de Malta, el 1 de mayo de 2004. Aun considerando que el inglés era ampliamente hablado o comprendido en esos dos Estados miembros, la Sala de Recurso precisó, en el apartado 55 de la resolución impugnada, que no procedía incluirlos dentro del territorio pertinente a efectos del análisis de la adquisición por la marca controvertida de un carácter distintivo por el uso. La Sala de Recurso basó este enfoque en el artículo 165, apartado 4, letra a), del Reglamento n.º 207/2009 [actualmente artículo 209, apartado 4, letra a), del Reglamento 2017/1001], al considerar que de esta disposición se desprendía que una marca de la Unión Europea no podrá ser declarada nula de conformidad con el artículo 52 del antedicho Reglamento si la causas de invalidez fuesen aplicables al caso tan sólo por razón de la adhesión de un nuevo Estado miembro.

35 Pues bien, este análisis sobre la República de Chipre y la República de Malta adolece de un error de Derecho. En efecto, es verdad que del artículo 165, apartados 1 y 4, del Reglamento n.º 207/2009 [habiendo pasado a ser el artículo 165, apartado 1, el artículo 209, apartado 1, del Reglamento 2017/1001] se desprende que la prueba del carácter distintivo adquirido por el uso sólo debe aportarse en relación con los Estados que eran miembros de la Unión en la fecha de presentación de la solicitud de registro de la marca controvertida [véase la sentencia de 23 de febrero de 2016, Consolidated Artists/OAMI — Body Cosmetics International (MANGO), T-761/14, no publicada, EU:T:2016:91, apartado 16 y jurisprudencia citada]. Ello se deriva del hecho de que el principio establecido en el artículo 165, apartado 4, letra a), del Reglamento n.º 207/2009 se aplica a las marcas contempladas en el artículo 165, apartado 1, del antedicho Reglamento, a saber, las marcas registradas o solicitadas de conformidad con el Reglamento n.º 207/2009 antes de la fecha de adhesión del Estado o de los Estados miembros afectados. Sin embargo, en el caso de autos, este principio es inaplicable por lo que respecta a la adhesión de la República de Chipre y de la República de Malta, dado que esos dos Estados ya eran miembros de la Comunidad Europea el 23 de mayo de 2007, fecha en la que la recurrente solicitó el registro de la marca controvertida como marca de la Unión Europea.

36 Por lo que atañe a los diferentes productos y servicios cubiertos por la marca controvertida, como ha señalado la Sala de Recurso en el apartado 76 de la resolución impugnada sin ser cuestionada en el marco del presente recurso, la recurrente no aportó elementos de prueba de la adquisición por el uso

de un carácter distintivo de la marca controvertida para los productos y servicios pertenecientes a las clases 9, 28, 35, 36, 38 y 42. Pues bien, aunque un cierto número de dichos productos o servicios tienen un vínculo con los servicios de apuestas y de juegos de azar pertenecientes a la clase 41 enumerados en el registro, al no haber ningún elemento que muestre ni siquiera que la antedicha marca fuese utilizada para esos productos o servicios, no puede contemplarse extender a uno u otro de esos productos o servicios las apreciaciones que después se realizan con respecto a los servicios de apuestas y de juegos de azar antes mencionados, para los cuales, por el contrario, sí se han aportado elementos dirigidos a mostrar la adquisición por el uso de un carácter distintivo de esa marca. En estas circunstancias, es ya evidente que la resolución impugnada no puede anularse en la medida en que atañe a los productos y servicios enumerados en el registro controvertido, pertenecientes a las clases 9, 28, 35, 36, 38 y 42, y el análisis que el Tribunal hace a continuación sólo se refiere, por consiguiente, a los servicios de apuestas y de juegos de azar pertenecientes a la clase 41 enumerados en el antedicho registro.

37 Los principios recordados en los apartados 25 a 30 anteriores conducen a examinar en un primer momento si, con independencia de la extensión del territorio pertinente que deba tomarse en consideración en el caso de autos, determinados elementos aportados por la recurrente pueden contribuir a demostrar la adquisición de un carácter distintivo por el uso de la marca controvertida. En su caso, se examinará si los elementos aportados por la demandante son o no suficientes, habida cuenta de su sustancia, para concluir que los eventuales errores de Derecho o de calificación jurídica en los que haya podido incurrir la Sala de Recurso en relación con esos elementos comprometen, en esta situación, su conclusión acerca de la inexistencia de carácter distintivo adquirido por el uso de la marca controvertida.

38 Por lo que atañe al primer aspecto, para empezar se ha de dilucidar si es posible apoyarse en la utilización de marcas figurativas o de marcas compuestas de varios elementos denominativos que comprendan una marca denominativa, en este caso, la marca controvertida, para demostrar la adquisición de un carácter distintivo por el uso de esta última. En los apartados 56 y 57 de la resolución impugnada, la Sala de Recurso dio una respuesta negativa a este respecto, indicando que algunos de los documentos aportados por la recurrente contenían signos figurativos y de color registrados por ella o la marca bet365 Bingo y no la marca controvertida. La recurrente critica esta posición en el marco de la tercera serie de alegaciones identificada en el apartado 21 anterior negando que la utilización de formas figurativas o «extensas» de la marca controvertida no constituya un uso de ésta.

39 La posición de la Sala de Recurso no tiene en cuenta el hecho de que, tal como acertadamente subraya la recurrente y admite la EUIPO en el escrito de contestación, se ha declarado que la adquisición por una marca de un carácter distintivo por el uso no implicaba necesariamente que ésta debiese utilizarse de un modo independiente, sino que podía resultar de su uso como parte de otra marca registrada o de su uso conjunto con otra marca registrada, siempre que, en ambos casos, el uso realizado haga que los sectores interesados perciban que los productos o servicios designados exclusivamente por la marca objeto de examen provienen de la empresa determinada que la utiliza como parte de otra marca o conjuntamente con otra marca (véanse, en este sentido y por analogía, las sentencias de 7 de julio de 2005, Nestlé, C-353/03, EU:C:2005:432, apartados 27 a 32, y de 16 de septiembre de 2015, Société des Produits Nestlé, C-215/14, EU:C:2015:604, apartados 64 y 66). En el caso de autos, un cierto número de elementos aportados por la recurrente contienen el elemento denominativo «bet365», que constituye la marca controvertida, utilizado ya sea solo, con tipografías y colores diferentes, ya sea como parte de vocablos o de representaciones figurativas como «bet365 bingo» y «bet365.com», o incluyen representaciones que asocian dicho elemento denominativo a colores, gráficos o elementos figurativos específicos y a un fondo de color, que constituyen otras marcas registradas de la recurrente (véanse, por ejemplo, las representaciones reproducidas en el apartado 56 de la resolución impugnada). No procede considerar esos usos del elemento «bet365» como inaptos por naturaleza para contribuir a la demostración de la adquisición por la marca controvertida de un carácter distintivo por el uso, aún con mayor razón cuando esta última es una marca denominativa de la que, por esencia, no pueden

conocerse previamente todas las representaciones y utilizaciones, en la medida en que estas últimas dependen del uso del signo controvertido como marca, como se verificará más adelante. Por ejemplo, no puede cuestionarse que un uso como marca de la marca figurativa constituida por el elemento «bet365» en colores sobre un fondo de otro color permite al público, si establece el vínculo entre esa marca figurativa y los productos o los servicios de la recurrente, establecer el mismo vínculo entre, por una parte, la marca controvertida utilizada sola con los mismos fines y, por otra parte, los antedichos productos o servicios.

40 Por tanto, la Sala de Recurso incurrió en un error de Derecho al no tomar en consideración los elementos de prueba que contenían marcas figurativas o marcas compuestas por varios elementos denominativos que comprendían la marca controvertida a la hora de apreciar la adquisición de un carácter distintivo por el uso de esta última.

41 Por otra parte, a la luz también de la tercera serie de alegaciones formulada por la demandante, identificada en el apartado 21 anterior, se plantean dudas acerca de las conclusiones que deben extraerse del hecho de que la recurrente utilice también el elemento denominativo «bet365» como parte del nombre de su sitio de Internet accesible en la dirección «www.bet365.com» y acerca de la importancia que debe darse a los elementos que aportó en relación con la utilización de su sitio de Internet o procedentes de éste. En particular, en el apartado 77 de la resolución impugnada, la Sala de Recurso indicó que «el uso de la marca en cuestión como nombre de dominio […] no representa[ba] un uso de la marca como marca que identificase y distinguiese los productos y [los] servicios de la titular». La recurrente admite que una mera utilización de la marca controvertida como nombre de dominio de Internet no basta para demostrar su uso como marca, pero sostiene que, en el caso de autos ha aportado numerosas pruebas de la utilización de su marca que permiten identificar el origen comercial de los servicios de apuestas y de juegos de azar que ofrece en Internet.

42 A este respecto, de reiterada jurisprudencia se desprende que no es imposible utilizar el mismo elemento como marca y en el marco de otra utilización, por ejemplo, para la totalidad o parte de un nombre de sitio de Internet. Sin embargo, un signo que satisface también funciones diferentes de las que cumple la marca sólo es distintivo, en el sentido del artículo 7 o del artículo 52, apartado 2, del Reglamento n.º 207/2009, si puede percibirse desde un primer momento como una indicación del origen comercial de los productos o servicios contemplados, de tal modo que permita distinguir sin confusión posible los productos o los servicios del titular de la marca de los que tengan otro origen comercial [sentencias de 5 de diciembre de 2002, Sykes Enterprises/OAMI (REAL PEOPLE, REAL SOLUTIONS), T-130/01, EU:T:2002:301, apartado 20, y de 21 de noviembre de 2012, Getty Images/OAMI (PHOTOS.COM), T-338/11, no publicada, EU:T:2012:614, apartado 58]. Debe también recordarse que el carácter distintivo de un signo sólo puede apreciarse, por un lado, en relación con los productos o los servicios para los que se solicita el registro o para los que dicho registro ha sido otorgado y, por otro lado, respecto de la percepción que de él tenga el público correspondiente (sentencia de 5 de diciembre de 2002, REAL PEOPLE, REAL SOLUTIONS, T-130/01, EU:T:2002:301, apartado 21). Estas consideraciones son válidas tanto con respecto al carácter distintivo intrínseco como con respecto al carácter distintivo adquirido por el uso que son alternativamente exigidos para que una marca pueda ser válidamente registrada.

43 En el caso de autos, la Sala de Recurso incurrió en un error de Derecho al excluir en el apartado 77 de la resolución impugnada que el uso de la marca controvertida como nombre de dominio de Internet pudiera constituir un uso de la marca «como marca». En efecto, todo depende de la documentación y la información presentada a este respecto y de lo que ello pueda aportar a la hora de apreciar la percepción que el público pertinente tiene cuando ve o utiliza los elementos «bet365» o «bet365.com» durante la utilización de Internet.

44 Debe tenerse en cuenta a este respecto el hecho de que, en primer lugar, la recurrente es la única sociedad que utiliza el elemento «bet365» para la comercialización de juegos de azar y de apuestas, en segundo lugar, tal como la propia recurrente confirmó en la vista sin ser contradicha, ese elemento se

encuentra en todas la marcas que utiliza para identificar de manera general sus servicios, en tercer lugar, su sitio de Internet es su principal canal de venta de juegos de azar y de apuestas, en cuarto lugar, en ese sector, la mayor parte de las marcas utilizadas por los operadores en línea son, como ocurre con la marca controvertida, intrínsecamente descriptivas y, en quinto lugar, es notorio que los apostantes y los jugadores son, en la gran mayoría de los casos usuarios habituales de esos servicios. Por tanto, es razonable considerar que, con excepción de determinados jugadores o apostantes novicios que efectúan sus primeras experiencias, un cliente que se conecta al sitio de Internet de la recurrente en la dirección «www.bet365.com» no lo hace por azar y utiliza la marca controvertida o sus marcas derivadas como identificadores de los servicios ofrecidos por la recurrente, por oposición a los servicios ofrecidos por sus competidores, del mismo modo que un cliente que entrase en una tienda que tiene el rótulo correspondiente a la marca de los productos o de los servicios que busca y que se venden en dicha tienda.

45 La situación no presenta analogías con las situaciones examinadas en los asuntos que dieron lugar a las sentencias de 13 de mayo de 2009, Schuhpark Fascies/OAMI — Leder & Schuh (jello SCHUHPARK) (T-183/08, no publicada, EU:T:2009:156), y de 18 de enero de 2011, Advance Magazine Publishers/OAMI — Capela & Irmãos (VOGUE) (T-382/08, no publicada, EU:T:2011:9), invocados en la vista por la EUIPO, en los cuales la colocación, en los escaparates de tiendas, de rótulos correspondientes a las marcas de que se trataba en esos asuntos no demostraba que esas marcas fueran también las de los productos vendidos en las referidas tiendas, en ese caso, zapatos, para los que se reivindicaba la adquisición por esas marcas de un carácter distintivo por el uso.

46 Por consiguiente, en el contexto y las circunstancias del presente asunto, informaciones como el número de conexiones al sitio de Internet de la recurrente, la clasificación de éste en términos de frecuentación en diferentes países o el número de veces en que la marca controvertida o sus marcas derivadas fueron objeto de una búsqueda en motores de búsqueda en Internet son datos que pueden contribuir a demostrar la adquisición por la marca controvertida de un carácter distintivo por el uso. Lo mismo puede suceder con los extractos de páginas del sitio de Internet de la recurrente o de otros sitios de Internet, en diferentes lenguas, donde aparecen la marca controvertida o sus marcas derivadas, siempre que el alcance de los elementos aportados pueda ilustrar un uso significativo de la marca controvertida como marca.

47 Asimismo, procede subrayar que, en los asuntos relativos a los sitios de Internet que dieron lugar a las sentencias mencionadas por la EUIPO en el escrito de contestación [sentencias de 21 de junio de 2012, Fruit of the Loom/OAMI — Blueshore Management (FRUIT), T-514/10, no publicada, EU:T:2012:316, apartados 59 a 67; de 21 de noviembre de 2012, PHOTOS.COM, T-338/11, no publicada, EU:T:2012:614, apartados 48 a 61, y de 19 de noviembre de 2014, Out of the blue/OAMI — Dubois y otro (FUNNY BANDS), T-344/13, no publicada, EU:T:2014:974, apartados 26 a 31], los elementos invocados por los titulares de las marcas o de los derechos afectados, o el contexto y las circunstancias, eran muy diferentes de los del presente asunto. En efecto, en el primero de esos asuntos, que atañía a un procedimiento de caducidad de la marca de la Unión FRUIT, es verdad que el titular de dicha marca disponía de un sitio de Internet en la dirección «www.fruit.com», pero no había podido aportar ningún elemento de prueba del uso efectivo de esa marca, ni aun a partir de la información aportada sobre ese sitio de Internet relativa a otra marca. Por tanto, el sitio de Internet no cumplía ninguna función comercial, ni siquiera meramente publicitaria, para los productos cubiertos por la marca en cuestión. En el segundo de esos asuntos, que atañía a una denegación de registro de la marca de la Unión PHOTOS.COM cuyo solicitante comercializaba fotografías por medio del sitio de Internet en la dirección «www.photo.com», la Sala de Recurso y el Tribunal consideraron que los elementos de prueba aportados por dicho solicitante para demostrar la adquisición por el uso de un carácter distintivo de la marca en cuestión eran o bien insuficientes o inoperantes desde un punto de vista geográfico, cuantitativo o temporal, o bien inadecuados para establecer un vínculo entre la utilización de ese sitio de Internet y la identificación del origen comercial de las fotografías que allí se ofrecían y, en su caso, se vendían. No obstante, el Tribunal indicó que el registro de una marca compuesta por signos o indicaciones que eran además utilizados

para designar un nombre de dominio no podía excluirse. Finalmente, en el tercer asunto, que atañía a un procedimiento de oposición al registro de la marca de la Unión FUNNY BANDS basado en la existencia anterior de una denominación comercial no registrada idéntica, retomada en el nombre de dominio de Internet «www.funny-bands.com», el oponente intentó probar un uso de la antedicha denominación cuyo alcance no era solamente local. Sin embargo por lo que se refería al sitio de Internet en la dirección correspondiente, únicamente demostró su existencia y proporcionó algunos ejemplos de su contenido, pero no aportó ningún elemento que permitiese apreciar la intensidad de su utilización comercial. A este respecto, el Tribunal indicó que esta última podía demostrarse, en particular, mediante un cierto número de conexiones en el sitio, correos electrónicos recibidos a través del sitio o mediante el volumen de negocios generado.

48 Por tanto, el error de Derecho en el que incurrió la Sala de Recurso por lo que respecta al uso de la marca controvertida como nombre de dominio de Internet le llevó a no tomar en consideración, equivocadamente, elementos de prueba relativos a la utilización del sitio de Internet de la demandante o procedentes de éste.

49 Debe también abordarse, a la luz de la tercera serie de alegaciones formulada por la recurrente, identificada en el apartado 21 anterior, el hecho de que la recurrente eligiese el elemento «bet365», que corresponde a la marca controvertida, como nombre de sociedad. Según la Sala de Recurso, los extractos de prensa aportados por la recurrente muestran únicamente un uso de dicho elemento como nombre de sociedad y no como marca, tal como se expuso en el apartado 79 de la resolución impugnada. La recurrente sostiene, tal como había estimado la División de Anulación, que, cuando se encuentran con la marca controvertida, los destinatarios de sus servicios de apuestas y de juegos de azar no tienen ninguna duda acerca del hecho de que tal marca identifica el origen comercial de los servicios ofrecidos por la recurrente y no se refiere meramente a ella en tanto que sociedad.

50 A este respecto, los mismos principios que los recordados en el apartado 42 anterior, a propósito del uso concomitante de un mismo elemento como marca y en el marco de otra utilización, son aplicables.

51 En el caso de autos, información general, en particular, financiera, sobre la recurrente en la prensa económica o información más personalizada sobre los dirigentes de esta sociedad difícilmente puede ilustrar un uso de la marca controvertida, aunque pueda, en su caso, proporcionar información indirecta sobre el éxito de esta última y de sus marcas derivadas, dado que todas las marcas que la recurrente utiliza de manera general para identificar sus servicios utilizan el elemento «bet365», tal como ya se ha constatado en el apartado 44 anterior. En cambio, la aparición del referido elemento, ilustrada en el expediente presentado a la Sala de Recurso, en la prensa deportiva o en la prensa especializada en los juegos y las apuestas, asociado, por ejemplo, a cuotas de apuestas, a una comparación de los servicios ofrecidos por diferentes prestadores o en el marco del patrocinio de acontecimientos deportivos que constituyen el soporte de las apuestas, ilustra claramente su uso como marca para designar el origen de los servicios ofrecidos o mencionados, distinguirlos de los servicios de los competidores de la recurrente y, en su caso, promocionarlos.

52 Por tanto, la Sala de Recurso incurrió en un error en la calificación jurídica de los hechos de los que conocía al excluir, en el apartado 79 de la resolución impugnada, que los extractos de prensa aportados por la recurrente pudiesen, al menos por lo que respecta a una parte de ellos, ilustrar un uso de la marca controvertida como marca.

53 Habida cuenta de la primera serie de alegaciones formulada por la recurrente, identificada en el apartado 21 anterior, debe examinarse también la apreciación realizada en los apartados 70 a 73 de la Decisión impugnada, y que la recurrente cuestiona, mediante la cual la Sala de Recurso ponía en duda la pertinencia de los volúmenes de negocios y de los importes de las apuestas o de las inversiones publicitarias invocadas por la recurrente como elementos que pudieran demostrar la adquisición por

la marca controvertida de un carácter distintivo por el uso, basándose en que no hacían referencia a productos o servicios precisos cuando el registro de la marca controvertida fue concedido para toda una serie de productos y servicios, sin limitarse a los juegos de azar y a las apuestas *stricto sensu*.

54 Esta apreciación general de la Sala de Recurso no es, en principio, criticable. Sin embargo, habida cuenta del hecho de que la marca controvertida y sus marcas derivadas son las únicas utilizadas por la recurrente como marcas que permiten identificar de manera general sus juegos de azar y sus apuestas, tal como se ha constatado en el apartado 44 anterior, si los importes aportados pueden razonablemente afectarse esencialmente a los juegos de azar y a las apuestas, deben, por consiguiente, ser tomados en consideración. Por ejemplo, los importes de las apuestas, las inversiones publicitarias, en particular, las relativas a los patrocinios, o las cuantías abonadas a los sitios de Internet afiliados que remiten a los jugadores y a los apostantes a los sitios de Internet de la recurrente tienen total o esencialmente por objeto los juegos de azar y las apuestas comercializados por la demandante con la marca controvertida o sus marcas derivadas. Por tanto, con respecto a esos servicios, los datos en cuestión pueden contribuir a demostrar la adquisición por la marca controvertida de un carácter distintivo por el uso.

55 Por consiguiente, la Sala de Recurso incurrió también en un error en la calificación jurídica de los hechos al excluir esos datos de los elementos de su apreciación.

56 Una vez que ya han sido tratadas estas cuestiones de principio, es preciso examinar las críticas formuladas por la recurrente contra la resolución impugnada, teniendo en cuenta los elementos concretos que presentó a la Sala de Recurso.

57 En el marco de la primera serie de alegaciones identificada en el apartado 21 anterior, la recurrente sostiene que la Sala de Recurso no tuvo suficientemente en cuenta los extractos de prensa que ponían de manifiesto el uso de la marca controvertida en varios países del territorio pertinente, y no únicamente en el Reino Unido.

58 El anexo JC 16 aportado por la demandante a la EUIPO incluye numerosos extractos de prensa del período comprendido entre julio de 2001 y mayo de 2007 en los que se mencionan cuotas de apuestas o comentarios de periodistas o de corredores de apuestas, entre los que se identifica a la recurrente con el nombre de «bet365» o, en su caso, el de «bet365.com». En esos artículos también se hace referencia a acontecimientos deportivos patrocinados que tenían un nombre que contenía el elemento «bet365». Estas apariciones de dicho elemento ilustran su uso como marca, ya que este tipo de menciones permiten identificar qué operador ha propuesto una determinada cuota de apuesta o ha realizado un determinado comentario sobre un determinado competidor que participaba en un acontecimiento específico, o bien qué operador de apuestas patrocina el acontecimiento deportivo que constituye el soporte de la apuesta (por ejemplo, los documentos 4, 209 o 248 de los 431 procedentes de la prensa inglesa o los documentos 2, 4, 33 o 115 de los 163 procedentes de la prensa irlandesa). Aunque es cierto que otros extractos de prensa que figuran en este anexo se refieren al uso del elemento «bet365» «como nombre de sociedad», su número es muy minoritario (por ejemplo, el documento 6 de los 431 procedentes de la prensa inglesa, que da un palmarés de millonarios entre los que figuran los propietarios de la recurrente o los documentos 76 y 77 de los 431 procedentes de la prensa inglesa que contienen información y comentarios sobre diferentes sociedades).

59 El anexo JC 17 aportado por la demandante a la EUIPO incluye extractos de prensa que abarcan el período comprendido entre enero de 2007 y noviembre de 2013. Si bien dicho anexo incluye, entre los extractos procedentes de la prensa inglesa, numerosos documentos que muestran el uso del elemento «bet365» como nombre de sociedad (por ejemplo, los documentos 13, 31, 46, 68, 105 y 156 de 231 documentos), también incluye entre esos extractos un gran número de documentos que hacen referencia a acontecimientos deportivos que tenían un nombre que contenía el elemento «bet365», en particular, carreras hípicas, documentos relativos a cuotas de apuestas de la recurrente (por ejemplo, los documentos 120 a 125, 157, 179 a 185 y 204 de 231 documentos) y al menos un artículo que

menciona la aplicación bet365, que permite jugar y apostar a través del teléfono móvil (documento 14 de 231 documentos). Los otros 231 extractos de prensa del anexo JC 17, procedentes de la prensa irlandesa, incluyen sobre todo documentos que hacen referencia a acontecimientos deportivos que tenían un nombre que contenía el elemento «bet365», pero también documentos relativos a cuotas de apuestas de la recurrente, así como algunos comentarios de la recurrente en tanto que corredor de apuestas (por ejemplo, los documentos 43 y 68 de 231 documentos).

60 Por consiguiente, los anexos JC 16 y JC 17 aportan numerosos elementos de prueba del uso del elemento «bet365» como marca para el público pertinente en Irlanda y en el Reino Unido durante el período comprendido entre julio de 2001 y noviembre de 2013.

61 Los anexos JC 18 (a) a JC 18 (g) aportados por la recurrente a la EUIPO incluyen extractos de prensa procedentes de la prensa en Internet o de la prensa clásica de otros siete Estados miembros. Esos documentos contienen una comparación, no fechada, de la calidad de los servicios de siete operadores de juegos y de apuestas. La demandante está designada allí por la marca controvertida y por una de sus representaciones figurativas. Se encuentran allí también artículos publicados entre 2007 y 2013 y un artículo no fechado, dedicados al fútbol, que indican cuotas de apuestas propuestas por la recurrente con el nombre «bet365» o que contienen publicidad de la marca controvertida o del sitio de Internet «bet365.com». En particular, el anexo JC 18 (c) incluye algunos extractos de prensa deportiva procedentes de la prensa sueca publicados entre 2008 y 2012 en los que figuran comentarios de la recurrente, que se identifica por medio del nombre bet365, y cuotas de apuestas propuestas por ésta. El referido anexo contiene también un artículo sobre una campaña publicitaria realizada por la recurrente en 2013.

62 Por tanto, los anexos JC 18 (a) a JC 18 (g) aportan elementos de prueba del uso de la marca controvertida como marca, en particular, en Suecia, que pueden contribuir a demostrar que la marca controvertida adquirió allí un carácter distintivo por el uso.

63 Contrariamente a lo que afirmó la EUIPO en la vista, correspondía a la Sala de Recurso examinar de manera suficientemente completa los referidos anexos o al menos los que atañían a los países correspondientes al territorio pertinente que había tomado en consideración. En efecto, la recurrente no se había limitado a aportarle centenas de extractos de prensa sin ningún comentario, ya que el punto 11 de la declaración del Sr. C. explicaba no sólo su procedencia, sino que exponía también que ilustraban usos de la marca controvertida como marca y precisaba, cuando era necesario, que algunos habían sido traducidos al inglés. Por lo demás, el artículo 76, apartado 1, del Reglamento n.º 207/2009 (actualmente artículo 95, apartado 1, del Reglamento 2017/1001) indica que, en el curso del procedimiento, la EUIPO procederá al examen de oficio de los hechos. No es aplicable al caso de autos la excepción a dicha regla que atañe a los procedimientos sobre motivos de denegación relativos de registro, dado que el coadyuvante inició un procedimiento de nulidad contra la marca controvertida basándose en una causa de nulidad absoluta y no en una causa de nulidad relativa. Si la Sala de Recurso hubiese estimado que la identificación de los documentos pertinentes aportados por la recurrente resultaba demasiado difícil habida cuenta del volumen de los anexos presentados, habría podido, al menos, solicitarle que los identificase de manera más precisa en virtud de las diligencias de instrucción previstas en el artículo 78, apartado 1, del Reglamento n.º 207/2009 (actualmente artículo 97, apartado 1, del Reglamento 2017/1001).

64 Asimismo, siempre en el marco de la primera serie de alegaciones identificada en el apartado 21 anterior, la recurrente invoca diferentes elementos relativos a la utilización de su sitio de Internet para demostrar que la marca controvertida adquirió un carácter distintivo por el uso en diferentes países.

65 Para empezar, la recurrente destaca que su sitio de Internet en el que se proponen juegos de azar y de apuestas funciona en numerosas lenguas. En efecto, tal como se desprende del anexo JC 4 aportado por la recurrente a la EUIPO, su sitio de Internet existe desde 2006, en particular, en inglés, danés y sueco. Estos elementos constituyen indicios de que la recurrente dispone de una clientela significativa en al

menos un país en el que se hablan esas lenguas, ya que la creación y el mantenimiento diario de un sitio de Internet interactivo en una lengua requiere de gastos que, en caso contrario, no estarían justificados.

66 Tal como se desprende del anexo JC 5 aportado por la recurrente a la EUIPO, la primera destaca también la clasificación de su sitio de Internet en términos de frecuentación en diferentes países. A este respecto, debe señalarse que un puesto elevado por lo que atañe a la frecuentación puede contribuir a demostrar que la marca controvertida, que fue utilizada en el nombre del sitio de Internet de la recurrente, adquirió un carácter distintivo por el uso en los países de que se trata, ya que, tal como ya se ha dicho en el apartado 44 anterior, salvo para los jugadores y los apostantes que efectuasen sus primeras experiencias, la conexión al sitio de Internet de un operador de juegos de azar y de apuestas no se hace por casualidad, sino que responde al deseo de ver allí precisamente las ofertas de dicho operador y eventualmente participar en los juegos y apuestas propuestos. En el caso de autos, tal como se desprende del anexo JC 5, los puestos 33.º y 74.º, en Suecia y el Reino Unido, respectivamente, constituyen indicios de que la marca controvertida dispone en dichos países de un carácter distintivo adquirido por el uso.

67 Tales indicios pueden deducirse también de los datos relativos a los nuevos abonados al sitio de Internet de la recurrente, tal como se desprenden del anexo JC 6 (b) aportado por la recurrente a la Sala de Recurso. Cada temporada, desde la temporada 2008/2009, en el Reino Unido, varios cientos de miles de nuevos jugadores y apostantes se inscriben en el sitio (735 122 en la temporada 2012/2013). Las cifras correspondientes a Dinamarca son de varias decenas de miles (85 183 nuevos inscritos en la temporada 2012/2013). Las cifras del resto de la Unión (con excepción de España cuyos datos también han sido individualizados) están globalizadas y son de varios cientos de miles de nuevos jugadores y apostantes cada temporada (901 835 nuevos inscritos en la temporada 2012/2013). El anexo JC 6 (a) aportado por la recurrente a la EUIPO proporciona datos más antiguos (temporada 2006/2007), pero permite tener datos por país correspondientes «al resto de la Unión», a saber, 7 062 nuevos abonados en Finlandia, 8 291 en Irlanda, 462 en los Países Bajos y 59 322 en Suecia. Esa información atañe, por tanto, a los nuevos jugadores y apostantes que se inscriben durante una temporada en el sitio de la demandante y, si bien es posible pensar que algunos se inscriben directamente al azar en ese sitio de juegos y de apuestas en vez de en otro, puede también razonablemente considerarse que la mayor parte no lo hacen al azar, sino que lo hacen bien siguiendo los consejos de otros jugadores o apostantes, bien después de haber estudiado la oferta y haberla, en su caso, comparando con otras, o también porque precisamente quieren estar inscritos en varios sitios de diferentes operadores para poder realizar sus apuestas caso por caso en función de la que consideren que es la oferta que les da más oportunidades de ganancia en cada apuesta. En estos últimos supuestos, que son los más probables, la inscripción en el sitio de la recurrente en la dirección «www.bet365.com» constituye una ilustración de que la marca controvertida o sus marcas derivadas fueron utilizadas como marcas porque precisamente hacían posible la identificación del origen de los servicios que la antedicha inscripción iba a permitir utilizar.

68 En el mismo orden de cosas, la recurrente también invocó acertadamente algunos elementos que aportó acerca del programa de afiliación de sitios de Internet de terceros destinado a incitar a los internautas que utilizan esos sitios a redirigirse al suyo. En la medida en que el sitio de un tercero que ha permitido la redirección y luego la suscripción y el primer desembolso de un internauta para participar en los juegos de la recurrente, recibe una comisión de esta última, los importes y el reparto por país de dichas comisiones pueden dar una idea del uso de la marca controvertida. En efecto, si un internauta que navega en un sitio de un tercero se ve atraído por la marca controvertida o sus marcas derivadas acompañadas de elementos promocionales hasta el punto de abonarse luego al sitio de Internet de la recurrente y efectuar después su primer desembolso, ello significa que la marca controvertida cumple su función como marca identificadora de una oferta de servicios específica que el internauta tiene intención de aceptar. A este respecto, el anexo JC 30 aportado por la recurrente a la EUIPO indica que cada temporada, desde la temporada 2007/2008, en el Reino Unido se abonan varios millones de libras esterlinas a los sitios afiliados. La cifra correspondiente a Dinamarca supera

el millón de libras esterlinas por lo que respecta a la temporada 2012/2013. Las cifras correspondientes al resto de la Unión (con excepción de España) están globalizadas y son de varias decenas de millones de libras esterlinas desde la temporada 2010/2011. Al menos por lo que atañe a los países individualizados, esas cantidades dan una idea clara de que la marca controvertida o sus marcas derivadas son utilizadas para la comercialización de los juegos de azar y de las apuestas de la recurrente.

69 En cambio, el mero número de redirecciones de sitios de Internet de terceros hacia el sitio de Internet de la recurrente no da una indicación fiable acerca del uso de la marca controvertida para identificar los servicios de la recurrente, ya que en esa fase de la actuación del internauta, habida cuenta del carácter descriptivo de la marca controvertida, es muy posible que se trate de una conexión hecha al azar por el internauta antes de conocer incluso el contenido preciso de la oferta propuesta.

70 La recurrente se apoya también en los importes de apuestas recaudados tal como se desprenden del anexo JC 10 (a) que aportó a la EUIPO. A este respecto, dicho anexo pone, en particular, de manifiesto la existencia, por lo que respecta a la temporada 2012/2013, de importes de varios miles de millones de libras esterlinas en el Reino Unido, de cientos de millones de libras esterlinas en Dinamarca y de varios miles de millones de libras esterlinas en el resto de la Unión (con excepción de España). Al menos por lo que atañe a los países individualizados, esas cantidades dan una indicación clara de que la marca controvertida o sus marcas derivadas son utilizadas para la comercialización de los juegos de azar y de las apuestas de la recurrente, ya que es necesario que el jugador o el apostante utilice el elemento «bet365» para realizar sus apuestas.

71 Por lo que respecta a los gastos publicitarios destacados por la recurrente, tal como aparecen en el anexo JC 19 que ésta aportó a la EUIPO, pueden extraerse conclusiones del mismo tipo que las relativas a los importes de apuestas (véase el apartado 70 anterior). Los datos se refieren a las diferentes temporadas a partir de la temporada 2006/2007 y muestran la existencia de varios millones de libras esterlinas, o incluso de varias decenas de millones de libras esterlinas, de gastos publicitarios cada temporada tanto en Dinamarca como en el Reino Unido. El importe de los gastos publicitarios en el resto de la Unión (con excepción de España) asciende también a varios millones de libras esterlinas por temporada, pero no está individualizado por país. Al menos por lo que atañe a los países individualizados, esas cuantías dan una indicación clara de que la marca controvertida o sus marcas derivadas son utilizadas para promocionar la comercialización de los juegos de azar y de las apuestas de la recurrente, ya que dichas marcas son las únicas que utiliza para identificar de manera general sus servicios de juegos de azar y de apuestas. Otros elementos aportados por la recurrente a la Sala de Recurso referentes a la publicidad que utiliza la marca controvertida y sus marcas derivadas pueden constituir indicios de la adquisición de un carácter distintivo por el uso de la marca controvertida, en particular, fuera del Reino Unido. Así, los anexos JC 20 (a) a JC 20 (e) aportados por la recurrente a la EUIPO proporcionan numerosas copias de publicidad de apuestas deportivas, hechas en las lenguas de los países a los que iba dirigida, que aparecieron entre 2007 y 2013, en particular, en la prensa escrita inglesa, danesa y sueca. El anexo JC 21 (a) aportado por la recurrente a la EUIPO incluye ejemplos de escenarios de publicidad televisada que fue difundida, en inglés o en la lengua del país al que iba dirigida en Dinamarca, Suecia y el Reino Unido. La declaración del Sr. C. (puntos 14.1 a 14.22) incluye fotos de mensajes publicitarios televisados que se difundieron en Dinamarca, Suecia y el Reino Unido y el DVD que acompaña a las observaciones que la recurrente hizo ante la Sala de Recurso contiene extractos vivos de esa publicidad en la que aparecen artistas célebres. El anexo JC 21 (b) aportado por la recurrente a la EUIPO contiene algunos escenarios de publicidad en inglés, *a priori* para su difusión en la radio en el Reino Unido. El anexo JC 25 aportado por la recurrente a la EUIPO incluye ejemplos de mensajes publicitarios cortos televisados difundidos entre 2009 y 2014 en Dinamarca, Suecia y el Reino Unido.

72 En cambio, la declaración del Sr. C. (puntos 17 y siguientes), que debe leerse conjuntamente con el anexo JC 23 aportado por la recurrente a la EUIPO, lectura conjunta, de la que según la recurrente, podría deducirse que la publicidad efectuada en los terrenos de fútbol se ve en el conjunto de la

Unión en la televisión, no proporciona, en realidad, información suficientemente precisa sobre la difusión de dicha publicidad en diversos países de la Unión, contrariamente a lo que parece haber considerado la Sala de Recurso en el apartado 58 de la resolución impugnada. En efecto, allí sólo se indican volúmenes horarios globales de difusión para el conjunto de la Unión, que no permiten realizar ninguna diferenciación por país. Lo mismo sucede con los elementos aportados por la recurrente a la EUIPO para ilustrar el uso publicitario de la marca controvertida o de sus marcas derivadas a través de las actividades del club de fútbol Stoke City FC y, en particular, con las fotos que figuran en el anexo JC 29. Aunque es probable que los partidos de fútbol de la Premier League, en los que participa el antedicho club, puedan verse en un canal de televisión en todos los países de la Unión, esas fotos de jugadores, de terrenos de fútbol o de accesorios no dan ninguna indicación sobre la difusión real de la referida publicidad en diversos países de la Unión. Los artículos de prensa que figuran en el anexo JC 29 (b) aportado por la recurrente a la EUIPO, procedentes de periódicos de Irlanda y del Reino Unido, tampoco proporcionan ninguna indicación a este respecto.

73 En el marco de la segunda serie de alegaciones identificadas en el apartado 21 anterior, la recurrente destaca también determinados elementos procedentes de la declaración del Sr. H. y del anexo CH 1 de dicha declaración. Sin embargo, dichos elementos no son muy diferentes de los ya expuestos en la declaración del Sr. C. y en sus anexos. El Sr. H. confirma, por ejemplo, el esfuerzo publicitario de la recurrente en Dinamarca, Suecia y el Reino Unido. Es verdad que una aportación de ese tipo, realizada por una persona ajena a la recurrente, puede reforzar la credibilidad de las declaraciones y los elementos de prueba proporcionados por esta última, pero no cambia la apreciación de fondo que puede formularse sobre éstos suponiendo que sean verídicos. Así, aún confirmados por el Sr. H., los elementos aportados en relación con el patrocinio del club de fútbol Stoke City FC tienen, como se explica en el apartado 72 anterior, un valor limitado a la hora de contribuir a demostrar la adquisición de un carácter distintivo por el uso de la marca controvertida en el conjunto del territorio de que se trata. Los elementos aportados en relación con el éxito de la recurrente, subrayado por el Sr. H., pueden como mucho confirmar un éxito comercial de la marca del mismo nombre y de sus marcas derivadas, que son las únicas utilizadas por la recurrente para identificar de manera general sus servicios de juegos de azar y de apuestas, sin poder realmente contribuir a esa misma demostración habida cuenta de su carácter tan general.

74 Asimismo, es cierto que debe señalarse que determinados elementos mencionados en los apartados anteriores no contienen en sí mismos toda la información que permitiría darles de modo inmediato un carácter irrefutable. Por ejemplo, las copias de publicidad para la prensa escrita danesa o sueca procedentes del anexo JC 20 no se proporcionaron por medio de copias de las páginas de los periódicos en las que aparecieron, tal como señala el Sr. C. en su declaración (punto 13.7) en la que indica que podría tratarse de pruebas. Igualmente, numerosos datos presentados por la recurrente, en particular, sobre las apuestas recaudadas o sus gastos publicitarios, provienen de fuentes puramente internas. Sin embargo, los elementos de origen ajeno a la recurrente o difícilmente cuestionables son numerosos: por ejemplo, extractos de prensa sueca completos; el estudio comparativo sobre la utilización de los sitios de Internet en diferentes países, que clasifica el sitio de la demandante en el puesto 33.º en Suecia y en el puesto 74.º en el Reino Unido; el hecho de que el sitio de Internet de la recurrente existe en inglés, danés y sueco; las fotografías y extractos vivos de publicidad televisada difundida en Dinamarca, Suecia y el Reino Unido en la que aparecen varios artistas célebres (como ilustración de los puntos 14.1 a 14.22 de la declaración del Sr. C. y en el DVD anexo a las observaciones de la recurrente presentadas ante la Sala de Recurso); los numerosísimos extractos de prensa que, como los de la clasificación del *Sunday Times* aportados en el anexo CH 1 de la declaración del Sr. H., ponen de manifiesto el éxito comercial de la recurrente, reconocida por la Sala de Recurso como «floreciente y bien conocida [y que cuenta con] millones de clientes en 200 países» (apartado 64). Estos elementos, poco sospechosos, concordantes con los otros elementos aportados por la recurrente, refuerzan la credibilidad de estos últimos. Por tanto, al no haberse formulado ninguna crítica precisa con respecto a su veracidad y habida cuenta del carácter verosímil de la información que transmiten, el Tribunal considera creíbles todos los elementos mencionados en los

apartados 57 a 73 anteriores en la medida en que constituyen datos oportunamente invocados por la recurrente para demostrar el carácter distintivo adquirido por el uso de la marca controvertida a 19 de junio de 2013 en el territorio pertinente.

75 En estas circunstancias, habida cuenta de los criterios de apreciación de la adquisición, por una marca, de un carácter distintivo por el uso, en particular de los recordados en los apartados 27 a 29 anteriores, y tomando en consideración, por un lado, los diferentes errores de Derecho o de calificación jurídica de los hechos señalados en los apartados 38 a 55 anteriores y, por otro lado, los numerosos elementos invocados por la recurrente ante la Sala de Recurso, identificados en los apartados 57 a 74 anteriores, que pueden contribuir eficazmente a la eventual demostración de la adquisición, por la marca controvertida, de un carácter distintivo por el uso en el territorio pertinente, pero que la Sala de Recurso no tuvo en cuenta a ese respecto, queda de manifiesto que la resolución impugnada no está suficientemente sustentada por razones válidas que permitan justificar su parte dispositiva por lo que atañe a los servicios de juegos de azar y de apuestas pertenecientes a la clase 41 enumerados en el registro. Por consiguiente, por lo que se refiere a esos servicios, el motivo único de anulación es fundado, sin que sea necesario examinar las últimas alegaciones formuladas por la recurrente en relación con la inexistencia de sondeos de opinión o elementos de prueba procedentes de alguna cámara de comercio que le reprochó la Sala de Recurso.

76 Ha de precisarse que, habida cuenta de la motivación que justifica la anulación de la resolución impugnada, no corresponde al Tribunal realizar un análisis detallado y concluyente con respecto al conjunto del territorio pertinente, y ello aún con mayor razón dado que la propia Sala de Recurso no realizó tal análisis (véase, por analogía, la sentencia de 5 de julio de 2011, Edwin/OAMI, C-263/09 P, EU:C:2011:452, apartados 71 y 72).

77 A la luz de todo lo anterior, debe anularse la resolución impugnada en la medida en que atañe a los servicios pertenecientes a la clase 41 enumerados en el registro de la marca controvertida.

Costas

78 En virtud del artículo 134, apartado 3, del Reglamento de Procedimiento del Tribunal General, cuando se estimen parcialmente las pretensiones de una y otra parte, cada parte cargará con sus propias costas. Sin embargo, si se estimase que las circunstancias del caso lo justifican, el Tribunal podrá decidir que una de las partes cargue, además de con sus propias costas, con una porción de las costas de la otra parte.

79 Al haberse estimado parcialmente las pretensiones de la recurrente, la EUIPO y el coadyuvante, habida cuenta de las circunstancias del caso de autos, cada parte cargará con sus propias costas.

En virtud de todo lo expuesto,

EL TRIBUNAL GENERAL (Sala Novena)

decide:

1) **Anular la resolución de la Quinta Sala de Recurso de la Oficina de Propiedad Intelectual de la Unión Europea (EUIPO) de 21 de marzo de 2016 (asunto R 3243/2014-5) en la medida en que atañe a los servicios pertenecientes a la clase 41 enumerados en el registro de la marca de la Unión BET365.**

2) **Desestimar el recurso en todo lo demás.**

3) **Cada parte cargará con sus propias costas.**

Gervasoni Madise da Silva Passos

Pronunciada en audiencia pública en Luxemburgo, a 14 de diciembre de 2017.

Firmas