



Rättsfallssamlingen

TRIBUNALENS DOM (nionde avdelningen)

den 14 december 2017*

”EU-varumärke - Ogiltighetsförfarande - EU-ordmärket BET 365 - Absolut registreringshinder - Särskiljningsförmåga som förvärvats till följd av användning - Bevis - Varumärket används för flera ändamål - Artikel 7.3 och artikel 52.2 i förordning (EG) nr 207/2009 (nu artikel 7.3 och artikel 59.2 i förordning (EU) 2017/1001)”

I mål T-304/16,

bet365 Group Ltd, Stoke-on-Trent (Förenade kungariket), företrätt av S. Malynicz, QC, samt av R. Black och J. Bickle, solicitors,

klagande,

mot

Europeiska unionens immaterialrättsmyndighet (EUIPO), företrädd av S. Hanne, i egenskap av ombud,

motpart,

varvid motparten i förfarandet vid EUIPO:s överklagandenämnd, tillika intervenient vid tribunalen, var

Robert Hansen, München (Tyskland), företrädd av advokaten M. Pütz-Poulalion,

angående ett överklagande av det beslut som meddelades av EUIPO:s femte överklagandenämnd den 21 mars 2016 (ärende R 3243/2014-5) om ett ogiltighetsförfarande mellan Robert Hansen och bet365 Group,

meddelar

TRIBUNALEN (nionde avdelningen)

sammansatt av ordföranden S. Gervasoni samt domarna L. Madise (referent) och R. da Silva Passos, justitiesekreterare: handläggaren I. Dragan,

med beaktande av överklagandet som inkom till tribunalens kansli den 15 juni 2016,

med beaktande av EUIPO:s svarsskrivelse som inkom till tribunalens kansli den 12 augusti 2016,

med beaktande av intervenientens svarsskrivelse som inkom till tribunalens kansli den 7 september 2016,

* Rättegångsspråk: engelska.

efter förhandlingen den 17 maj 2017,

följande

Dom

Bakgrund till tvisten

- 1 bet365 Group Ltd, som är klagande i målet, ingav den 23 maj 2007 en ansökan om registrering av EU-varumärke till Europeiska unionens immaterialrättsmyndighet (EUIPO) i enlighet med rådets förordning (EG) nr 40/94 av den 20 december 1993 om EU-varumärken (EGT L 11, 1994, s. 1; svensk specialutgåva, område 17, volym 2, s. 3), i dess ändrade lydelse (ersatt av rådets förordning (EG) nr 207/2009 av den 26 februari 2009 om EU-varumärken [EUT L 78, 2009, s. 1], i dess ändrade lydelse, i sin tur ersatt av Europaparlamentets och rådets förordning (EU) 2017/1001 av den 14 juni 2017 om EU-varumärken [EUT L 154, 2017, s. 1]).
- 2 Det sökta varumärket utgörs av ordkännetecknet BET 365.
- 3 De varor och tjänster som registreringsansökan avsåg, efter begränsning som gjorts under ärendets handläggning vid EUIPO, omfattas av klasserna 9, 28, 35, 36, 38, 41 och 42 i Niceöverenskommelsen om internationell klassificering av varor och tjänster vid varumärkesregistrering av den 15 juni 1957, med ändringar och tillägg, och motsvarar, för var och en av klasserna, följande beskrivning:
 - Klass 9: "Datorprogramvara; programvara för vadslagnings-, spel- och hasardspelstjänster och databashantering; elektroniska publikationer; datorspel; elektroniska interaktiva datorspel; programvara och datorprogram för distribution till, och för användning av, användare av vadslagnings- och spelanordningar; datorspelprogram nedladdade via internet (programvara); spelprogramvara för datorer; datorprogram för att spela spel; programvara för nedladdning från internet; cd-skivor och dvd-skivor; spelapparater anpassade för användning tillsammans med televisionsmottagare; programvara att användas vid nedladdning, överföring, mottagning, redigering, utdrag, kodning, avkodning, uppspelning, lagring och organisering av data, inkluderande ljud- och videodata."
 - Klass 28: "Spel och leksaker; spelapparater (ej anpassade för användning med tv-mottagare); spel innefattande hasardspel."
 - Klass 35: "Annons- och reklamverksamhet; företagsledning; företagsadministration; kontorstjänster; direktansluten databehandling."
 - Klass 36: "Finansiella tjänster; finansiella tjänster avseende vadslagning, hasardspel, spel, lotterier eller bookmaking; tillhandahållande av information avseende vadslagnings-, hasardspels-, spel-, lotteri- eller bookmakingtjänster; information, rådgivning och hjälp avseende nämnda tjänster."
 - Klass 38: "Upplåtande av åtkomst av nätverkssystem för flera användare som möjliggör åtkomst av spel- och vadslagningsinformation och -tjänster via internet, andra globala nät eller via telefoni (inklusive mobiltelefoner); telekommunikationstjänster; överföring av radio- eller TV-program; tjänster för direktuppspelning av data; strömning av direktsända tv-och radioprogram; direktansluten videotjänst som erbjuder levande strömning av kultur-, underhållnings- och sportevenemang; tillhandahållande av chattrum på internet; tillhandahållande av direktanslutna forum; sändnings- och kommunikationstjänster; överföring av ljud och/eller bilder; datorstött överföring av meddelanden och bilder; tjänster avseende elektronisk post; telekommunikationstjänster relaterade till internet eller via telefoni inklusive mobiltelefoner;

telekommunikation av information (inkluderande webbsidor); tillhandahållande av telekommunikationslänkar till datoriserade databaser och webbplatser på internet eller via telefoni inklusive mobiltelefoner; fjärrkommunikationsinformation; sakliga informationstjänster rörande telekommunikationer.”

- Klass 41: ”Tillhandahållande av vadslagnings-, hasardspels- och speltjänster genom fysiska och elektroniska platser och telefoncenter; tjänster för vadslagning, lotteri eller bookmaking; tjänster för vadslagning, hasardspel, spel, lotteri eller bookmaking via kreditkort; organisering och anordnande av lotterier; elektroniska vadslagnings-, hasardspels-, spel- och lotteritjänster tillhandahållna via internet eller via ett globalt datornät, eller via direktanslutning från en datornätdatabas eller via telefoni inkluderande mobiltelefoner, eller via en tv-kanal, inklusive tv-kanal som är markbunden, sänds via satellit eller via kabel; interaktiva poker-, bingo- och skicklighetspel och hasardspel inklusive spelformat för en eller flera spelare; presentation och produktion av poker- och bingotävlingar, turneringar, spel och hasardspel; underhållning, sport- och idrottsaktiviteter, kulturverksamhet; anordnande och genomförande av tävlingar; fjärrspeltjänster för åtkomst via telekommunikationslänkar; hasardspelsinformation tillhandahållen via direktanslutning från en datoriserad databas eller via internet; hasardspelstjänster för underhållningsändamål; tjänster avseende elektroniska spel via internet; anordnande av spel; speltjänster tillhandahållna via direktanslutning; tjänster avseende drift av datoriserat bingospel och skicklighetspel; information avseende hasardspel, tillhandahållen via direktanslutning från en databas eller via internet; information och rådgivning avseende alla nämnda tjänster; sakliga informationstjänster rörande sport.”
 - Klass 42: ”Datorprogrammering, rådgivnings-, konsult- och utformningstjänster, konsult- och utformningstjänster, leasing och uthyrning av programvara, datorprogrammering.”
- 4 Granskaren underrättade klaganden om sin avsikt att avslå registreringsansökan eftersom en engelsktalande genomsnittskonsumert uppfattar det sökta varumärket som beskrivande för de aktuella varorna och tjänsterna; beståndsdelen ”bet” hänvisar till vadslagning och beståndsdelen ”365” till antalet dagar på ett år, vilket betyder att varumärket avser ett erbjudande om vadslagning som är tillgängligt året runt. Varumärket omfattas således av artikel 7.1 c i förordning nr 40/94 (nu artikel 7.1 c i förordning nr 207/2009, som i sin tur blivit artikel 7.1 c i förordning 2017/1001). I denna bestämmelse föreskrivs att varumärken som endast består av tecken eller upplysningar vilka i handeln visar varornas eller tjänsternas art, kvalitet, kvantitet, avsedda användning, värde, geografiska ursprung, tiden för deras framställande eller andra egenskaper hos varorna eller tjänsterna inte får registreras. Granskaren angav även att det sökta varumärket saknade särskiljningsförmåga, vilket innebär att det omfattas av artikel 7.1 b i förordning nr 40/94 (nu artikel 7.1 b i förordning nr 207/2009, som i sin tur blivit artikel 7.1 b i förordning 2017/1001), och att det därför inte kunde registreras.
- 5 Klaganden bestred granskarens preliminära bedömning. Klaganden gjorde även gällande att det sökta varumärket vid ansökningstillfället hade förvärvat särskiljningsförmåga till följd av användning, vilket med beaktande av artikel 7.3 i förordning nr 40/94 (nu artikel 7.3 i förordning nr 207/2009, som i sin tur blivit artikel 7.3 i förordning 2017/1001) innebär att varumärket under alla omständigheter kan registreras. Till stöd härför åberopade klaganden ett uttalande från bolagets direktör, C, samt ett uttalande från H, som är direktör i Remote Gambling Association, vilket är en sammanslutning av aktörer inom hasardspel- och vadslagningsbranschen. Dessa uttalanden, jämte bilagor, åberopades till styrkande av det sökta varumärkets betydande marknadsandelar, av dess geografiska utbredning, av hur länge märket använts, av vilka investeringar som lagts ned för att göra reklam för märket, och av att industrin och handeln kände till användningen av varumärket samt av att klaganden var ensam om att använda det för de avsedda varorna och tjänsterna.

- 6 I skrivelse av den 29 september 2008 vitsordade granskaren att det av den av klaganden åberopade bevisningen framgick att det sökta varumärket hade förvärvat särskiljningsförmåga till följd av användning. Granskaren uppgav att det av ingiven bevisning framgick att beståndsdelen "bet365" hade använts i olika sammanhang och typsnitt, och att det av uttalandet från C. framgick att varumärket använts konstant sedan år 1991 i större och större omfattning, samt att klaganden nu ombesörjer mer än två miljoner vad per vecka och är det sextonde största privata bolaget i Förenade kungariket. Det framgår av pressklipp att varumärket använts som kommersiellt märke i förhållande till allmänheten för varor och tjänster avseende sportvadhållning och hasardspel via internet i Irland och Förenade kungariket. Varumärket har dessutom varit föremål för en reklamkampanj i Europeiska unionen, särskilt i Irland och Förenade kungariket men även i tidningar i Danmark, Tyskland, Spanien och Sverige; reklamkontot steg mellan åren 2001 och 2007 från 48 000 till 6 000 000 brittiska pund (GBP).
- 7 Registreringsansökan offentliggjordes därför i *Bulletinen för gemenskapsvarumärken nr 2008/041* av den 13 oktober 2008. I och med att något yttrande inte inkommit från tredje man, och efter det att en invändning mot registreringen avslagits, registrerades varumärket den 15 februari 2012 för de varor och tjänster i klasserna 9, 28, 35, 36, 38, 41 och 42 som anges i punkt 3 ovan. Varumärkesregistreringen offentliggjordes i *Bulletinen för gemenskapsvarumärken nr 2012/034* av den 17 februari 2012.
- 8 Intervenienten i målet, Robert Hansen, ingav den 18 februari 2013 en ansökan om registrering av ordmärket b365. Denna registreringsansökan avslogs efter det att klaganden framställt en invändning. Den 19 juni 2013 gav Robert Hansen in en ansökan om ogiltighetsförklaring av varumärket BET 365, och han gjorde därvid gällande att nämnda märke saknar särskiljningsförmåga och är beskrivande för de aktuella varorna och tjänsterna.
- 9 Under det påföljande kontradiktoriska förfarandet åberopade klaganden nya uttalanden från C. av den 2 januari 2014 (jämte 34 bilagor) och från H. av den 20 december 2013 (jämte en bilaga). Klaganden gjorde gällande att det omstridda varumärket i sig hade särskiljningsförmåga och inte var beskrivande. Klaganden gjorde även gällande att varumärket – sedan ingivandet av registreringsansökan år 2007 och fram till ingivandet av ansökan om ogiltighetsförklaring år 2013 – hade använts i än högre grad på ett sätt som gav detsamma särskiljningsförmåga. Klaganden uppdaterade och åberopade på nytt den bevisning som åberopats tidigare, till styrkande av det sökta varumärkets betydande marknadsandelar, av dess geografiska utbredning, av hur länge märket använts, av vilka investeringar som lagts ned för att göra reklam för märket, och av att industrin och handeln kände till användningen av varumärket och av att klaganden var ensam om att använda det för de avsedda varorna och tjänsterna.
- 10 Intervenienten gjorde gällande att den bevisning som åberopats av klaganden till styrkande av att det omstridda varumärket förvärvat särskiljningsförmåga till följd av användning, saknade relevans. Intervenienten gjorde bland annat gällande att klaganden var aktiv framför allt i Irland och Förenade kungariket och att klaganden använde beståndsdelen "bet365" endast som ett firmanamn och domännamn på internet för att dirigera kunderna mot klagandens webbplats; "bet365" användes emellertid inte för att identifiera de tjänster som erbjuds kunderna och som identifieras genom andra kännetecken, förutom spelet "bet365 bingo".
- 11 Efter det att klaganden inkommit med kompletterande uppgifter, avslog annulleringsenheten, i beslut den 24 november 2014, ansökan om ogiltighetsförklaring. Annulleringsenheten angav att det omstridda varumärket visserligen var beskrivande för de aktuella varorna och tjänsterna, åtminstone i en stor del av unionen, och att det följaktligen inte hade någon särskiljningsförmåga till att börja med, men att det hade förvärvat särskiljningsförmåga till följd av användning. Enheten betonade i huvudsak att klaganden styrkt en kraftig verksamhetsutveckling under namnet BET 365 samt att intervenienten inte bestritt att klaganden använt detta namn som firmanamn eller som en del av domännamnet för klagandens webbplats. Även om det rent teoretiskt är så, att det mycket väl är möjligt att göra en åtskillnad mellan situationen då ett ord används som varumärke för varor och tjänster och situationen då ordet används som ett firmanamn, så kan det i praktiken vara svårt för allmänheten att göra en

sådan åtskillnad då samma begrepp används för två ändamål. Det är högst osannolikt att genomsnittskonsumenten gör en sådan åtskillnad när han eller hon använder klagandens webbplats för att delta i hasardspel eller vadslagning, även om de olika hasardspelen och vadslagningsspelen har olika, specifika namn. Det är högst osannolikt att det för genomsnittskonsumentent skulle framstå som oklart om det är klaganden – som identifieras med hjälp av det omstridda varumärket – som erbjuder dessa hasard- och vadslagningsspel. Denna slutsats gör sig i än högre grad gällande då betydande reklamkampanjer genomförts för att marknadsföra det omstridda varumärket och då märket i betydande utsträckning förekommit i media.

- 12 Intervenienten överklagade annulleringsenhetens beslut till EUIPO och yrkade återigen att det omstridda varumärket skulle förklaras ogiltigt. Intervenienten gjorde särskilt gällande att annulleringsenheten gjort fel då den – utifrån användningen av beståndsdelen ”bet365” i pressartiklar i Irland och Förenade kungariket (enligt denne för att identifiera klaganden eller de odds som klaganden erbjöd), och utifrån användningen av ”bet365” för domännamnet för klagandens webbplats och i ett hörn på webbplatsen – drog slutsatsen att det omstridda varumärket använts på ett sådant sätt att det förvärvat särskiljningsförmåga, vilket medför att det blir möjligt att i hela unionen identifiera det kommersiella ursprunget för de olika aktuella varorna och tjänsterna.
- 13 I beslut meddelat den 21 mars 2016 (nedan kallat det överklagade beslutet) biföll EUIPO:s femte överklagandenämnd överklagandet. Nämnden angav att det omstridda varumärket var beskrivande och i sig ursprungligen saknade särskiljningsförmåga för den engelsktalande delen av omsättningskretsen. Nämnden angav vidare att det inte kunde anses att varumärket till följd av användning förvärvat särskiljningsförmåga på en betydande del av det relevanta området där det inte hade någon ursprunglig särskiljningsförmåga, det vill säga – med tanke på den dag registreringsansökan getts in – i Danmark, Irland, Nederländerna, Finland, Sverige och Förenade kungariket (punkterna 52–55 i det överklagade beslutet vad avser det relevanta området).
- 14 Överklagandenämnden angav vidare att för att det skulle kunna anses att det visats att märket förvärvat särskiljningsförmåga till följd av användning, så krävs det att det visas att åtminstone en betydande del av omsättningskretsen uppfattar märket som en angivelse av de aktuella varornas och tjänsternas kommersiella ursprung. Klaganden hade visserligen styrkt att det varit kommersiellt framgångsrikt, men inte att det fanns en koppling mellan denna kommersiella framgång eller reklamkampanjerna och omsättningskretsens uppfattning av det omstridda varumärket.
- 15 Det saknades enligt överklagandenämnden i detta avseende direkt bevisning (särskilt punkterna 66–68, 71 och 73–75 i det överklagade beslutet). Överklagandenämnden angav närmare bestämt att den av klaganden åberopade bevisningen till styrkande av att det omstridda varumärket hade förvärvat särskiljningsförmåga till följd av användning, huvudsakligen utgjordes av pressartiklar som till största delen inte avsåg det relevanta området. Det märke som anges i de på engelska avfattade handlingarna, vilka inte är daterade, motsvarar i själva verket tre bilder i form och färg innehållande beståndsdelen ”bet365” vilka för övrigt registrerats av klaganden, men det motsvarar inte det omstridda varumärket (punkt 56 i det överklagade beslutet).
- 16 Överklagandenämnden angav samtidigt att klagandens bevisning även utgjordes av reklam som spritts på tv i Danmark, Sverige och Förenade kungariket, av reklam som spritts i radio i Förenade kungariket (som dock enligt nämnden avsåg spelet ”bet365 bingo” och inte det omstridda varumärket), av reklamskyltar på idrottsanläggningar runt om i unionen där fotbollsmatcher spelas som sänds på tv i Sverige och Förenade kungariket, av inslag avseende sponsring av hästkapplöpningar, huvudsakligen i Förenade kungariket, och sponsring av fotbollsklubben Stoke City FC, samt sifferuppgifter avseende reklaminvesteringar. Överklagandenämnden betonade att åberopad bevisning huvudsakligen avsåg Förenade kungariket och inte andra länder inom det relevanta området, men nämnden fann ändå att den var relevant med avseende på den tidsperiod som var föremål för prövning (punkterna 57–63

och 66 i det överklagade beslutet). Överklagandenämnden uppgav sig också ha övertygats om klagandens kommersiella framgång, med mer än 21 miljoner kunder i 200 länder, och särskilt om att klagandens webbplats hade en imponerande stor marknadsandel (punkt 64 i det överklagade beslutet).

- 17 Enligt överklagandenämnden framstod det emellertid som oklart huruvida klagandens framgångar innebar att det även visats att det omstridda varumärket förvärvat särskiljningsförmåga till följd av användning. Såsom även hade angetts av intervenienten, fann nämnden att den av klaganden åberopade bevisningen avsåg användningen av ”bet365” för att ange klaganden själv eller dess webbplats, men inte användningen såsom varumärke för att identifiera de registrerade varorna och tjänsterna (punkterna 68, 69, 77 och 79 i det överklagade beslutet). Överklagandenämnden ansåg att de av klaganden åberopade uppgifterna om omsättning, reklaminvesteringar och övriga fakta inte hade fördelats med avseende på samtliga varor och tjänster som det omstridda varumärket hade registrerats för; det var därför inte möjligt att veta hur en konsument uppfattar varumärket med avseende på dessa olika varor och tjänster. Det hade inte getts in någon marknadsundersökning eller något utlåtande från en handelskammare, konsumentorganisation eller konkurrent som skulle kunna ge vägledning i detta avseende, och ingiven bevisning hänförde sig endast till tjänster i klass 41 avseende vadslagning och hasardspel i egentlig mening (punkterna 70–76 i det överklagade beslutet). Överklagandenämnden tillade att det utifrån endast antalet sökningar på internet avseende en term inte var möjligt att fastställa att varumärket förvärvat särskiljningsförmåga, eftersom sådan information inte ger någon indikation ”med avseende på i förväg fastställda kriterier för att bedöma intensiteten i användningen och om omsättningskretsen uppfattar att kännetecknet har särskiljningsförmåga” (punkt 78 i det överklagade beslutet). Sammanfattningsvis slås det i punkt 80 i det överklagade beslutet fast att ”det av åberopad bevisning inte framgår att konsumenterna uppfattar det omstridda varumärket som välkänt”.

Parternas yrkanden

- 18 Klaganden har yrkat att tribunalen ska
- ogiltigförklara det överklagade beslutet, och
 - förplikta EUIPO och intervenienten att bära sina rättegångskostnader och ersätta klagandens rättegångskostnader.
- 19 EUIPO har yrkat att tribunalen ska
- ogilla överklagandet, och
 - förplikta klaganden att ersätta rättegångskostnaderna.
- 20 Intervenienten har yrkat att tribunalen ska
- ogilla överklagandet, och
 - förplikta klaganden att ersätta rättegångskostnaderna, inbegripet intervenientens kostnader.

Rättslig bedömning

- 21 Klaganden har åberopat en grund till stöd för sitt överklagande, nämligen att överklagandenämnden har åsidosatt artikel 7.3 i förordning nr 207/2009. Klaganden har åberopat flera argument. För det första gjorde överklagandenämnden en felaktig bedömning av bevisningen för användning av det omstridda varumärket, särskilt när det gäller användningens territoriella omfattning. För det andra

underlät överklagandenämnden att i vederbörlig ordning beakta den bevisning som kom från H., direktören för Remote Gambling Association. För det tredje gjorde överklagandenämnden fel då den ansåg att det av åberopad bevisning inte framgick att det omstridda varumärket använts eller använts såsom kommersiellt varumärke. För det fjärde och för det femte gjorde överklagandenämnden fel då den lade klaganden till last att det inte getts in någon marknadsundersökning eller utlåtande från en handelskammare, utöver den bevisning som klaganden åberopat till styrkande av denna användning.

- 22 Tribunalen gör inledningsvis följande påpekanden. Klaganden har vid tribunalen inte bestritt bedömningen att det omstridda varumärket är beskrivande och inte har någon ursprunglig särskiljningsförmåga för samtliga aktuella varor och tjänster. Tribunalen ska således i målet endast pröva om varumärket kan anses ha förvärvat särskiljningsförmåga till följd av användning.
- 23 Klagandens enda grund – även om det däri uttryckligen endast anges att överklagandenämnden åsidosatt artikel 7.3 i förordning nr 207/2009 (som särskilt avser registrering av varumärken som i sig är beskrivande och saknar särskiljningsförmåga, men som förvärvat särskiljningsförmåga till följd av användning vid registreringsansökningstillfället) – avser även åsidosättande av artikel 52.2 i förordningen (nu artikel 59.2 i förordning 2017/1001) som är tillämplig på ogiltighetsförfaranden, som i förevarande mål. Enligt denna bestämmelse kan ett varumärke som i sig är beskrivande och saknar särskiljningsförmåga och som registrerats i strid med bestämmelserna i artikel 7 i förordning nr 207/2009, inte förklaras ogiltigt om det till följd av användning förvärvat särskiljningsförmåga efter registreringen för de varor och tjänster för vilka det registrerats. Det anges nämligen i domen av den 28 september 2016, *European Food/EUIPO – Société des produits Nestlé (FITNESS)* (T-476/15, under överklagande, EU:T:2016:568, punkt 64), att det i artikel 52 i förordning nr 207/2009 föreskrivna ogiltighetsförfarandet för absoluta registreringshinder hänvisas direkt till de absoluta registreringshinder som anges i artikel 7 i samma förordning, samt till det undantag för förvärv av särskiljningsförmåga till följd av användning som mildrar dessa, och att den enda eventuella skillnad i sak mellan de båda förfarandena avser vid vilken tidpunkt förvärvet av en sådan särskiljningsförmåga ska prövas. I domen av den 15 december 2016, *Mondelez UK Holdings & Services/EUIPO – Société des produits Nestlé* (formen på en chokladkaka), (T-112/13, ej publicerad, under överklagande, EU:T:2016:735, punkt 117) fastställde tribunalen att – i ett ogiltighetsförfarande avseende absoluta registreringshinder – innehavaren av det omstridda varumärket kunde bevisa att det förvärvat särskiljningsförmåga till följd av användning innan det registrerats, eller bevisa att det förvärvat särskiljningsförmåga mellan registreringen och den dag då ansökan om ogiltighetsförklaring gavs in.
- 24 Mot bakgrund av vad som anges i punkterna 22 och 23 ovan är det i ogiltighetsförfarandet tillräckligt att avgöra ärendet med beaktande av situationen då ansökan om ogiltighetsförklaring gavs in, det vill säga den 19 juni 2013, såsom angetts av överklagandenämnden i punkt 53 i det överklagade beslutet.
- 25 Fast rättspraxis ger vid handen att enligt artikel 7.3 i förordning nr 207/2009 utgör de absoluta registreringshinder som anges i artikel 7.1 b–d i samma förordning (nu artikel 7.1 b–d i förordning 2017/1001) inte hinder för registrering av ett varumärke om detta till följd av användning förvärvat särskiljningsförmåga för de varor eller tjänster för vilka det ansöks om registrering. I det fall som avses i artikel 7.3 i förordning nr 207/2009 är nämligen den omständigheten att omsättningskretsen uppfattar det berörda varumärket som en angivelse av kommersiellt ursprung för en vara eller en tjänst resultatet av en ekonomisk ansträngning från varumärkessökandens sida. Denna omständighet motiverar ett undantag från de bakomliggande hänsyn till allmänintresset i artikel 7.1 b–d i förordning nr 207/2009 enligt vilka – om någon sådan ansträngning inte gjorts – de varumärken som avses i dessa bestämmelser ska kunna användas fritt av alla för att undvika att en enskild näringsidkare erhåller en orättmätig konkurrensfördel (se dom av den 24 februari 2016, *Coca-Cola/harmoniseringskontoret* (formen på en konturflaska utan räfflor), T-411/14, EU:T:2016:94, punkt 66 och där angiven rättspraxis). Dessa överväganden gör sig även gällande vad avser ett varumärke som registrerats i strid med bestämmelserna i artikel 7.1 b–d i förordning nr 207/2009, men som förvärvat särskiljningsförmåga till följd av användning efter registreringen, såsom framgår av artikel 52.2 i samma förordning.

- 26 Vad gäller det område, beträffande vilket det ska styrkas att varumärket förvärvat särskiljningsförmåga till följd av användning för att undantagen i artikel 7.3 och artikel 52.2 i förordning nr 207/2009 ska bli tillämpliga, erinrar tribunalen om följande. Enligt artikel 1.2 i förordningen (nu artikel 1.2 i förordning 2017/1001) har EU-varumärket en enhetlig karaktär, vilket innebär att det har samma rättsverkan i hela unionen. EU-varumärkets enhetliga karaktär innebär att ett kännetecken, för att kunna registreras, måste ha särskiljningsförmåga i hela unionen. Därför får ett varumärke inte registreras enligt artikel 7.2 i förordning nr 207/2009 (nu artikel 7.2 i förordning 2017/1001) om det saknar särskiljningsförmåga i en del av unionen (dom av den 30 mars 2000, Ford Motor/harmoniseringskontoret (OPTIONS), T-91/99, EU:T:2000:95, punkterna 23–25). Härav följer att det måste visas att varumärket till följd av användning har förvärvat särskiljningsförmåga i hela det område där det ursprungligen inte hade särskiljningsförmåga. Detta område kan i förekommande fall bestå av en enda medlemsstat (dom av den 22 juni 2006, Storck/harmoniseringskontoret, C-25/05 P, EU:C:2006:422, punkt 83; se även dom av den 16 mars 2016, Työhönvalmennus Valma/harmoniseringskontoret (formen på en spelask innehållande tråklossar), T-363/15, ej publicerad, EU:T:2016:149, punkt 35 och där angiven rättspraxis). Det har emellertid slagits fast att det skulle vara orimligt att kräva att bevis för förvärv av särskiljningsförmåga till följd av användning ska läggas fram för varje enskild medlemsstat (dom av den 24 maj 2012, Chocoladefabriken Lindt & Sprüngli/harmoniseringskontoret, C-98/11 P, EU:C:2012:307, punkt 62). Extrapolering av förvärvet av särskiljningsförmåga till följd av användning i vissa medlemsstater till andra medlemsstater kan inte uteslutas, såvida det finns objektiva och trovärdiga omständigheter som ger vid handen att dessa marknader är jämförbara när det gäller omsättningskretsens uppfattning av det omstridda varumärket (se, för ett liknande resonemang, dom av den 24 februari 2016, Formen på en konturflaska utan räfflor, T-411/14, EU:T:2016:94, punkt 80).
- 27 För att ett varumärke ska kunna förvärva särskiljningsförmåga till följd av användning krävs det att åtminstone en betydande andel av omsättningskretsen på grund av varumärket kan ange att varorna eller tjänsterna härrör från ett visst företag. Det är emellertid inte möjligt att enbart utifrån allmänna och abstrakta uppgifter komma fram till att villkoret om förvärv av särskiljningsförmåga till följd av användning är uppfyllt. Det är därför som man tar hänsyn till omständigheter såsom vilken marknadsandel som varumärket innehar, hur ofta, hur länge och på hur stort geografiskt område detta varumärke har använts, hur stora investeringar som har gjorts för att lansera det, den andel av omsättningskretsen som till följd av varumärket identifierar varan eller tjänsten såsom härrörande från ett visst företag samt utlåtanden från handels- och industrikammare eller andra branschorganisationer (se dom av den 21 april 2010, Schunk/harmoniseringskontoret (återgivning av en del av en chuck), T-7/09, ej publicerad, EU:T:2010:153, punkterna 39 och 41 och där angiven rättspraxis, och av den 24 februari 2016, Formen på en konturflaska utan räfflor, T-411/14, EU:T:2016:94, punkterna 69 och 70 och där angiven rättspraxis).
- 28 Enligt rättspraxis ska ett varumärkes särskiljningsförmåga, inbegripet särskiljningsförmåga som förvärvats till följd av användning, bedömas med avseende på de varor eller tjänster som registreringsansökan omfattar och med beaktande av den uppfattning som en normalt informerad samt skäligen uppmärksam och upplyst genomsnittskonsumant av den berörda kategorin produkter eller tjänster kan antas ha (se dom av den 21 april 2010, Återgivning av en del av en chuck, T-7/09, ej publicerad, EU:T:2010:153, punkt 42 och där angiven rättspraxis, och dom av den 24 februari 2016, Formen på en konturflaska utan räfflor, T-411/14, EU:T:2016:94, punkt 71 och där angiven rättspraxis).
- 29 Det följer även av rättspraxis att särskiljningsförmåga som förvärvats till följd av användning inte kan styrkas enbart genom uppgifter om försäljningsvolym eller reklammaterial. Inte heller räcker enbart den omständigheten att kännetecknet har använts inom unionen under en viss tid för att visa att omsättningskretsen uppfattar det som en upplysning om kommersiellt ursprung (se, för ett liknande resonemang, dom av den 12 september 2007, Glaverbel/harmoniseringskontoret (mönster anbringat på en glasyta), T-141/06, ej publicerad, EU:T:2007:273, punkterna 41 och 42, och dom av den 24 februari 2016, Formen på en konturflaska utan räfflor, T-411/14, EU:T:2016:94, punkt 72).

- 30 Förvärv av särskiljningsförmåga till följd av användning ska styrkas medelst ”användning av varumärket såsom varumärke”, det vill säga att omsättningskretsen med hjälp av varumärkets användning kan identifiera att de aktuella varorna eller tjänsterna härrör från det företag som använder märket (se, för ett liknande resonemang och analogt, dom av den 7 juli 2005, Nestlé, C-353/03, EU:C:2005:432, punkterna 26 och 29).
- 31 Det är mot bakgrund av dessa principer som tribunalen kommer att pröva den grund som åberopats till stöd för överklagandet. Tribunalen kommer dock först att precisera relevant område samt de olika aktuella varorna och tjänsterna.
- 32 I den del av det överklagade beslutet där överklagandenämnden slår fast att det omstridda varumärket är beskrivande och saknar ursprunglig särskiljningsförmåga, angav nämnden – mot bakgrund av vad ”bet” betyder på engelska – att det visats att engelsktalande konsumenter i unionen uppfattar varumärket som beskrivande och som att det inte har någon ursprunglig särskiljningsförmåga, dock utan att närmare ange vilka länder det var fråga om (punkterna 16 och 32). I den del av det överklagade beslutet där överklagandenämnden prövade om det omstridda varumärket förvärvat särskiljningsförmåga till följd av användning, fann nämnden att det aktuella relevanta området – vid registreringsansökningstillfället år 2007 – innefattade Danmark, Irland, Nederländerna, Finland, Sverige och Förenade kungariket, där man talar engelska eller där många kan engelska (punkterna 52 och 55 i det överklagade beslutet). I förevarande mål har EUIPO och intervenienten i sina svarsskrivelser gjort gällande att det relevanta området borde ha getts en vidsträcktare avgränsning. EUIPO har gjort gällande att bevisningen till styrkande av att det omstridda varumärket förvärvat särskiljningsförmåga till följd av användning borde ha avsett samtliga medlemsstater där omsättningskretsen åtminstone har passiva kunskaper i engelska. Intervenienten har för sin del gjort gällande att de flesta konsumenterna i unionen har åtminstone elementära kunskaper i engelska, och att prövningen av om varumärket förvärvat särskiljningsförmåga till följd av användning borde ha avsett samtliga medlemsstater.
- 33 Tribunalen gör i denna del följande bedömning. Överklagandenämnden gjorde inte fel då den i den aktuella delen av det överklagade beslutet fann att prövningen av om det omstridda varumärket förvärvat särskiljningsförmåga till följd av användning endast borde avse de medlemsstater i unionen där en stor del av konsumenterna talar eller förstår engelska, och därmed är i stånd att förstå betydelsen av uttrycket ”bet365”. De argument som i denna del framförts av EUIPO och av intervenienten kan inte vinna framgång; dessa argument innebär nämligen felaktigt att det ska anses att huvuddelen av omsättningskretsen i de länder där engelska inte i stor utsträckning talas eller förstås av konsumenterna förstår betydelsen av ”bet365”.
- 34 Tribunalen påpekar emellertid även att överklagandenämnden – i punkt 54 i det överklagade beslutet – betonade att det även fanns anledning att beakta att Republiken Cypern och Republiken Malta anslöt sig till Europeiska gemenskapen den 1 maj 2004. Nämnden påpekade att många i dessa båda medlemsstater talar eller förstår engelska, och i punkt 55 i det överklagade beslutet preciserade nämnden att dessa båda länder inte skulle anses ingå i det relevanta området vid bedömningen av om det omstridda varumärket förvärvat särskiljningsförmåga till följd av användning. Till grund för sin bedömning hänvisade överklagandenämnden till artikel 165.4 a i förordning nr 207/2009 (nu artikel 209.4 a i förordning 2017/1001) av vilken det följer att ett EU-varumärke inte kan förklaras ogiltigt enligt artikel 52 i förordningen om ogiltighetsgrunderna blivit tillämpliga endast på grund av att en ny medlemsstat anslutit sig.
- 35 Denna bedömning med avseende på Republiken Cypern och Republiken Malta utgör emellertid en felaktig rättstillämpning. Det följer visserligen av artikel 165.1 och 165.4 i förordning nr 207/2009 (artikel 165.1 har nu blivit artikel 209.1 i förordning 2017/1001) att bevis till styrkande av att ett varumärke förvärvat särskiljningsförmåga till följd av användning endast behöver åberopas med avseende på de stater som var medlemmar i unionen vid det tillfälle då ansökan om registrering av det omstridda varumärket gavs in (se dom av den 23 februari 2016, Consolidated

Artists/harmoniseringskontoret – Body Cosmetics International (MANGO), T-761/14, ej publicerad, EU:T:2016:91, punkt 16 och där angiven rättspraxis). Detta är en följd av att den i artikel 165.4 a i förordning nr 207/2009 angivna principen tillämpas på de varumärken som anges i artikel 165.1 i förordningen, nämligen varumärken som varit föremål för registrering eller ansökan enligt förordning nr 207/2009 före anslutningsdagen för den eller de aktuella medlemsstaterna. I förevarande mål kan denna princip emellertid inte tillämpas vad gäller Republiken Cyperns och Republiken Maltas anslutning, eftersom dessa båda stater redan var medlemmar i Europeiska gemenskapen den 23 maj 2007, det vill säga den dag då klaganden gav in sin ansökan om registrering av det omstridda varumärket såsom EU-varumärke.

- 36 Vad gäller de olika varor och tjänster som avses med det omstridda varumärket finner tribunalen – såsom även påpekats av överklagandenämnden i punkt 76 i det överklagade beslutet, utan att detta bestritts i överklagandet – att klaganden inte åberopat någon bevisning till styrkande av att det omstridda varumärket förvärvat särskiljningsförmåga till följd av användning med avseende på varor och tjänster i klasserna 9, 28, 35, 36, 38 och 42. Ett visst antal av dessa varor eller tjänster har visserligen ett samband med de tjänster avseende vadslagning och hasardspel i klass 41 som anges i registreringen, men det har inte åberopats någon bevisning till styrkande av att varumärket använts för dessa varor eller tjänster; det kan därför inte komma i fråga att till någon av dessa varor eller tjänster utsträcka bedömningen nedan gällande ovan nämnda tjänster avseende vadslagning och hasardspel, beträffande vilka bevisning däremot åberopats till styrkande av att varumärket förvärvat särskiljningsförmåga till följd av användning. Mot denna bakgrund kan det redan nu konstateras att det inte finns anledning att ogiltigförklara det överklagade beslutet såvitt det gäller de varor och tjänster i klasserna 9, 28, 35, 36, 38 och 42 som räknas upp i registreringen. Tribunalens bedömning nedan avser således endast de tjänster avseende vadslagning och hasardspel i klass 41 som räknas upp i registreringen.
- 37 Mot bakgrund av de principer som angetts i punkterna 25–30 ovan finns det anledning att i ett första skede pröva om – oavsett vilket område som ska anses utgöra relevant område i förevarande mål – vissa av de omständigheter som åberopats av klaganden kan anses bidra till bevisningen av att det omstridda varumärket förvärvat särskiljningsförmåga till följd av användning. I förekommande fall kommer tribunalen att pröva om de av klaganden åberopade omständigheterna kan anses innebära att den eventuella felaktiga rättstillämpning eller felaktiga rättsliga kvalificering som överklagandenämnden kan ha gjort kan medföra att överklagandenämnden kan ha gjort fel då den kom fram till att det omstridda varumärket inte förvärvat särskiljningsförmåga till följd av användning.
- 38 Vad gäller den första aspekten, uppkommer frågan om det är möjligt att åberopa användningen av figurmärken eller sammansatta varumärken med flera ordelement innehållande ett ordmärke (här det omstridda varumärket) till styrkande av att det omstridda varumärket förvärvat särskiljningsförmåga till följd av användning. I punkterna 56 och 57 i det överklagade beslutet besvarade överklagandenämnden denna fråga nekande; nämnden angav därvid att viss bevisning som åberopats av klaganden föreställde figur- och färgmärken som klaganden låtit registrera, eller varumärket bet365 Bingo, men inte det omstridda varumärket. Klaganden har bestritt denna bedömning i sin tredje argumentationslinje (se punkt 21 ovan), och bestritt att användningen av figurativa former eller ”utsträckta” former av det omstridda varumärket inte kan anses innebära att det omstridda varumärket använts.
- 39 Överklagandenämnden har i sin bedömning underlåtit att beakta att det framgår av rättspraxis – vilket betonats av klaganden, och vilket även vitsordats av EUIPO i svarsskrivelsen – att det inte nödvändigtvis krävs att ett varumärke använts på ett självständigt sätt för att det ska kunna förvärva särskiljningsförmåga till följd av användning; det kan nämligen förvärva särskiljningsförmåga genom att det använts som en del av ett annat registrerat varumärke eller att det använts i kombination med ett annat registrerat varumärke, förutsatt att omsättningskretsen i båda fallen till följd av denna användning uppfattar att de varor eller tjänster som endast vore försedda med det aktuella varumärket kommer från ett visst företag som använder det som en del av ett annat varumärke eller i kombination

med ett annat varumärke (se, för ett liknande resonemang och analogt, dom av den 7 juli 2005, Nestlé, C-353/03, EU:C:2005:432, punkterna 27–32, och dom av den 16 september 2015, Société des Produits Nestlé, C-215/14, EU:C:2015:604, punkterna 64 och 66). I förevarande mål har klaganden åberopat ett visst antal bevis innehållande ordelementet ”bet365” som utgör det omstridda varumärket, antingen där det används ensamt men i ett annat typsnitt eller i andra färger, eller där det används som en del av ordmärken eller figurmärken såsom ”bet365bingo” och ”bet365.com”, eller innehållande figurer som associerar nämnda ordelement med färger, grafik eller särskilda figurelement och med en färgsatt fond, vilka utgör andra varumärken som klaganden låtit registrera (se exempelvis de bilder som återges i punkt 56 i det överklagade beslutet). Det kan inte anses att denna användning av beståndsdelen ”bet365” inte kan utgöra en del i bevisningen till styrkande av att det omstridda varumärket förvärvat särskiljningsförmåga till följd av användning; denna bedömning gör sig särskilt gällande då det omstridda varumärket är ett ordmärke och då det ligger i sakens natur att det inte går att på förhand säga hur det kommer att återges eller användas, såvitt dessa omfattas av användning av det omstridda kännetecknet såsom varumärke, vilket kommer att bli föremål för prövning. Exempelvis är det knappast möjligt att bestrida att om figurmärket ”bet365” används såsom varumärke i färg mot bakgrund av en annan färg, så kan omsättningskretsen – om den ser ett samband mellan nämnda figurmärke och klagandens varor eller tjänster – även se detta samband mellan det omstridda varumärket då det används ensamt med samma syften och nämnda varor eller tjänster.

- 40 Överklagandenämnden gjorde således en felaktig rättstillämpning då den – vid sin prövning av om det omstridda varumärket förvärvat särskiljningsförmåga till följd av användning – underlät att beakta bevisning som bestod i figurmärken eller sammansatta varumärken med flera ordelement innehållande det omstridda varumärket.
- 41 Vad vidare gäller klagandens tredje argumentationslinje (se punkt 21 ovan) uppkommer frågan om vilka slutsatser som ska dras av att klaganden även använder ordelementet ”bet365” som en del av namnet på klagandens webbplats på adressen ”www.bet365.com”, och om hur man ska bedöma räckvidden av de omständigheter som klaganden åberopat avseende användningen av webbplatsen eller av de omständigheter som framgår på denna. Överklagandenämnden angav särskilt i punkt 77 i det överklagade beslutet att ”användningen av det aktuella varumärket som domännamn ... inte kan anses utgöra användning av varumärket såsom varumärke för att identifiera och särskilja varumärkesinnehavarens varor och tjänster”. Klaganden har i och för sig vitsordat att det inte räcker att bara använda det omstridda varumärket som domännamn på internet för att det ska anses ha använts såsom varumärke; klaganden har emellertid uppgett sig ha åberopat flera bevis på att varumärket använts vilket gör det möjligt att identifiera det kommersiella ursprunget för de tjänster avseende vadslagning och hasardspel som erbjuds på internet.
- 42 Det framgår i detta avseende av fast rättspraxis att det inte är omöjligt att använda samma beståndsdel såsom varumärke och inom ramen för en annan användning, exempelvis för hela eller en del av namnet på en webbplats. Ett kännetecken som även fyller andra funktioner än varumärkets har emellertid särskiljningsförmåga i den mening som avses i artikel 7 eller artikel 52.2 i förordning nr 207/2009 endast om det omedelbart av omsättningskretsen kan uppfattas som en upplysning om varornas eller tjänsternas kommersiella ursprung, så att omsättningskretsen utan risk för förväxling kan särskilja varumärkesinnehavarens varor eller tjänster från varor eller tjänster med ett annat kommersiellt ursprung (dom av den 5 december 2002, Sykes Enterprises/harmoniseringskontoret (REAL PEOPLE, REAL SOLUTIONS), T-130/01, EU:T:2002:301, punkt 20, och dom av den 21 november 2012, Getty Images/harmoniseringskontoret (PHOTOS.COM), T-338/11, ej publicerad, EU:T:2012:614, punkt 58). Ett känneteckens särskiljningsförmåga kan bara bedömas dels utifrån de varor eller tjänster som registreringsansökan avser, dels utifrån hur omsättningskretsen uppfattar varumärket (dom av den 5 december 2002, REAL PEOPLE, REAL SOLUTIONS, T-130/01, EU:T:2002:301, punkt 21). Dessa överväganden gör sig gällande såväl när det gäller ursprunglig särskiljningsförmåga som när det gäller särskiljningsförmåga som förvärvats till följd av användning, vilka ett varumärke ska ha för att det ska kunna registreras.

- 43 Överklagandenämnden gjorde en felaktig rättstillämpning då den i punkt 77 i det överklagade beslutet slog fast att användning av det omstridda varumärket såsom domännamn på internet inte kan utgöra användning av varumärket "såsom varumärke". Allt är nämligen avhängigt av den information och de handlingar som åberopats, och av vad som kan framgå därav för bedömningen av omsättningskretsens uppfattning då den ser eller använder beståndsdelarna "bet365" eller "bet365.com" på internet.
- 44 Följande omständigheter ska beaktas i detta sammanhang: i) klaganden är den enda som använder beståndsdelarna "bet365" för saluföring av vadslagning och hasardspel; ii) såsom klaganden uppgett under förhandlingen utan att detta bestritts, så finns denna beståndsdel i alla de varumärken som klaganden använder för att rent allmänt identifiera sina tjänster; iii) klagandens webbplats är klagandens huvudsakliga försäljningskanal när det gäller hasardspel och vadslagning; iv) inom denna bransch är de flesta varumärken som används av webbaserade aktörer – liksom det omstridda varumärket – i sig beskrivande samt v) det är ett notoriskt faktum att de som ägnar sig åt vadhållning och hasardspel till det stora flertalet är vana spelare. Det kan därför rimligen anses att – bortsett från vissa oerfarna spelare som spelar för första gången – en kund som kopplar upp sig på klagandens webbplats på "www.bet365.com" inte gör detta av en slump; han eller hon använder det omstridda varumärket eller därifrån härledda varumärken såsom ett identifikationsmedel för klagandens tjänster och för att inte använda sig av de tjänster som erbjuds av klagandens konkurrenter, på samma sätt som en kund som går in i en affär med det näringskännetecken som motsvarar varumärket för de varor eller tjänster som kunden letar efter och som säljs där.
- 45 Det är beträffande denna situation inte möjligt att göra några analogier med de situationer som var föremål för prövning i de mål som avgjordes genom dom av den 13 maj 2009, Schuhpark Fascies/harmoniseringskontoret – Leder & Schuh (jello SCHUHPARK) (T-183/08, ej publicerad, EU:T:2009:156), och av den 18 januari 2011, Advance Magazine Publishers/harmoniseringskontoret – Capela & Irmãos (VOGUE) (T-382/08, ej publicerad, EU:T:2011:9) och som åberopats av EUIPO vid förhandlingen. I dessa mål hade man i affärernas skyltfönster placerat näringskännetecken som motsvarade de i målen aktuella varumärkena, men där det inte framgick att dessa varumärken också fanns på de varor som såldes i affärerna, i detta fall skor, beträffande vilka det gjordes gällande att dessa varumärken hade förvärvat särskiljningsförmåga till följd av användning.
- 46 Uppgifter om hur många uppkopplingar som görs på klagandens webbplats, uppgifter om hur denna webbplats rangordnas i termer av antal besök i olika länder eller uppgifter om hur många sökningar som gjorts på sökmotorer på internet beträffande det omstridda varumärket eller därifrån härledda varumärken kan – mot bakgrund av kontexten till och omständigheterna i förevarande mål – således utgöra en del i bevisningen till styrkande av att det omstridda varumärket förvärvat särskiljningsförmåga till följd av användning. Samma sak gäller utdrag från klagandens webbplats eller från andra webbplatser, på olika språk, där det omstridda varumärket eller därifrån härledda varumärken förekommer, såvitt de åberopade omständigheterna kan anses illustrera att det omstridda varumärket använts i betydande omfattning såsom varumärke.
- 47 När det sedan gäller de mål avseende webbplatser som avgjorts genom de domar som EUIPO åberopat i sin svarsskrivelse (dom av den 21 juni 2012, Fruit of the Loom/harmoniseringskontoret – Blueshore Management (FRUIT), T-514/10, ej publicerad, EU:T:2012:316, punkterna 59–67; dom av den 21 november 2012, PHOTOS.COM, T-338/11, ej publicerad, EU:T:2012:614, punkterna 48–61, och dom av den 19 november 2014, Out of the blue/harmoniseringskontoret – Dubois et autre (FUNNY BANDS), T-344/13, ej publicerad, EU:T:2014:974, punkterna 26–31), betonar tribunalen att det som åberopades av innehavarna av de i de målen aktuella varumärkena eller rättigheterna, men även bakgrunden och omständigheterna i övrigt, i stor utsträckning skiljde sig från vad som är i fråga i förevarande mål. I det första målet, som gällde ett förfarande för upphävande av EU-varumärket FRUIT, hade varumärkesinnehavaren visserligen en webbplats på "www.fruit.com", men denne innehavare hade inte åberopat någon bevisning till styrkande av att detta varumärke verkligen hade använts, inbegripet utifrån information som fanns på denna webbplats där ett annat varumärke förekom. Webbplatsen uppfyllde således inte någon kommersiell funktion, eller ens någon

reklamfunktion, för de varor som avsågs med det aktuella varumärket. Det andra målet avsåg ett beslut att avslå en ansökan om registrering av PHOTOS.COM som EU-varumärke, trots att varumärkessökanden saluförde fotografier på en webbplats med adressen "www.photo.com". Överklagandenämnden liksom tribunalen ansåg därvid att den bevisning som varumärkessökanden hade åberopat till styrkande av att det aktuella varumärket hade förvärvat särskiljningsförmåga till följd av användning antingen var otillräcklig eller inte hade någon verkan i geografiskt, kvantitativt eller tidsmässigt avseende, eller inte kunde anses styrka att det fanns ett samband mellan användningen av webbplatsen och identifieringen av det kommersiella ursprunget för de fotografier som där erbjöds till försäljning och i förekommande fall blev sålda. Tribunalen angav emellertid att det inte var uteslutet att registrera ett varumärke som var sammansatt med tecken eller uppgifter som för övrigt användes som beteckning för ett domännamn. Det tredje målet slutligen avsåg en invändning mot registreringen av EU-varumärket FUNNY BANDS på grund av att det redan fanns ett identiskt, icke-registrerat näringskännetecken i form av domännamnet "www.funny-bands.com". I nämnda mål försökte invändaren styrka att näringskännetecknet använts i mer än bara lokal omfattning. Vad gäller webbplatsen med motsvarande adress hade invändaren emellertid endast styrkt att webbplatsen fanns, och denne hade bara gett in några illustrationer av innehållet; däremot hade det inte åberopats några omständigheter som gjorde det möjligt att pröva i hur stor omfattning som den använts i kommersiella sammanhang. Tribunalen angav i detta avseende att detta kunde styrkas bland annat genom ett visst antal uppkopplingar på webbplatsen, genom på webbplatsen mottagna e-postmeddelanden eller genom genererad omsättningsvolym.

- 48 Överklagandenämnden gjorde således en felaktig rättstillämpning när det gäller användningen av det omstridda varumärket såsom domännamn, och detta fel innebar att nämnden felaktigt underlät att beakta bevisning angående användningen av klagandens webbplats eller bevisning som kom från denna webbplats.
- 49 Vad vidare gäller klagandens tredje argumentationslinje (se punkt 21 ovan) uppkommer även frågan angående klagandens val av beståndsdel "bet365" (som motsvarar det omstridda varumärket) såsom firmanamn. De pressklipp som klaganden åberopat visar enligt överklagandenämnden endast att "bet365" använts såsom firmanamn, men inte såsom varumärke, vilket angetts i punkt 79 i det överklagade beslutet. I likhet med vad som hade angetts av invändningsenheten har klaganden gjort gällande att det för dem som konsumerar tjänster avseende vadhållning och hasardspel – när de ser det omstridda varumärket – inte råder något tvivel om att varumärket identifierar det kommersiella ursprunget för de av klaganden erbjudna tjänsterna, och att det inte endast hänför sig till klaganden såsom bolag.
- 50 Samma principer som de som tribunalen erinrat om i punkt 42 ovan – avseende samtidig användning av en och samma beståndsdel såsom varumärke och inom ramen för annan användning – är i detta avseende tillämpliga.
- 51 Allmänna upplysningar, särskilt finansiella sådana, om klaganden i ekonomiska tidningsartiklar, eller mer personliga upplysningar om personer i klagandebolagets ledning, kan svårligen anses ge en bild av att det omstridda varumärket har använts, även om sådana upplysningar i förekommande fall kan ge indirekt information om att nämnda varumärke och från märket härledda varumärken har rönt stor framgång; i alla de varumärken som klaganden använder generellt för att identifiera sina tjänster återfinns nämligen beståndsdel "bet365", såsom redan konstaterats i punkt 44 ovan. Denna beståndsdel – vilket även framgår av utredningen vid överklagandenämnden – har däremot använts i media med inriktning på idrott eller i media med inriktning på vadslagning och hasardspel, exempelvis vid sidan av odds, jämförelser med tjänster som erbjuds av olika företag eller i sponsring av idrottsevenemang med vadhållning, och detta visar tydligt att denna beståndsdel använts såsom varumärke för att ange ursprunget för erbjudna eller nämnda tjänster, för att särskilja dessa från tjänster som erbjuds av till klaganden konkurrerande företag, eller, i förekommande fall, för att göra reklam för klagandens tjänster.

- 52 Överklagandenämnden gjorde således fel när den i rättsligt hänseende kvalificerade de aktuella omständigheterna, genom att i punkt 79 i det överklagade beslutet slå fast att de av klaganden åberopade pressklippen, åtminstone en del av dessa, inte kunde visa att det omstridda varumärket hade använts såsom varumärke.
- 53 Vad sedan gäller klagandens första argumentationslinje (se punkt 21 ovan) kommer tribunalen att pröva överklagandenämndens bedömning i punkterna 70–73 i det överklagade beslutet, vilken bedömning bestritts av klaganden. Överklagandenämnden fann därvid att de av klaganden åberopade uppgifterna om omsättning, vadhållningsbelopp eller reklaminvesteringar var ovidkommande som bevisning till styrkande av att det omstridda varumärket förvärvat särskiljningsförmåga till följd av användning, och som skäl härför anförde nämnden att dessa uppgifter inte hänförde sig till precisa varor eller tjänster, medan det omstridda varumärket registrerats för en rad varor och tjänster som inte begränsades till vadslagning och hasardspel i strikt mening.
- 54 Denna allmänna bedömning som företagits av överklagandenämnden kan i princip inte bli föremål för någon kritik. Mot bakgrund av att det omstridda varumärket och de från detta varumärke härledda varumärkena är de enda som klaganden använde som varumärken för att rent allmänt identifiera sina vadslagnings- och hasardspeltjänster – vilket även konstaterats i punkt 44 ovan – så ska, om den genererade omsättningen rimligen och i huvudsak kan anses hänföra sig till vadslagning och hasardspel, dessa beaktas för dessa tjänster. Vadhållningsbelopp, reklaminvesteringar (särskilt sponsring) eller belopp som spenderats på anslutna webbplatser som länkar vadslagningsspelarna och hasardspelarna till klagandens webbplats avser exempelvis till fullo eller huvudsakligen den vadslagning och de hasardspel som klaganden erbjuder under det omstridda varumärket eller varumärken som är härledda från detta. De aktuella uppgifterna kan således – vad beträffar dessa tjänster – anses bidra till bevisningen till styrkande av att det omstridda varumärket förvärvat särskiljningsförmåga till följd av användning.
- 55 Överklagandenämnden gjorde således även fel när den i rättsligt hänseende kvalificerade de aktuella omständigheterna, genom att slå fast att dessa uppgifter inte skulle ingå i bedömningsunderlaget.
- 56 När nu dessa principfrågor behandlats, kommer tribunalen att övergå till att pröva klagandens kritik mot det överklagade beslutet. Tribunalen kommer därvid att beakta de konkreta uppgifter som klaganden åberopade vid överklagandenämnden.
- 57 Klaganden har – i sin första argumentationslinje (se punkt 21 ovan) – gjort gällande att överklagandenämnden inte i tillräcklig utsträckning beaktade de pressklipp som gav vid handen att det omstridda varumärket använts i flera länder inom det relevanta området, och inte bara i Förenade kungariket.
- 58 Den av klaganden vid EUIPO åberopade bilagan JC 16 innehåller flera pressklipp från juli 2001 till maj 2007; däri återfinns odds eller kommentarer från journalister eller bookmakers, och klaganden identifieras där under beteckningen "bet365" eller i, förekommande fall, "bet365.com". I dessa pressklipp anges även sponsrade idrottsevenemang som anordnats under ett namn som innehåller beståndsdelen "bet 365". Att denna beståndsdel förekommer på detta sätt ger vid handen att den använts såsom varumärke, eftersom det därigenom blir möjligt att identifiera vilket företag som erbjuder det eller det oddset eller som kommenterat den tävlande som deltagit i sportevenemanget eller vilken vadhållare som sponsrar ett sportevenemang (exempelvis dokument nr 4, 209 eller 248 av 431 som hämtats från engelsk press, eller dokument nr 2, 4, 33 eller 115 av 163 som hämtats från irländsk press). Det finns visserligen andra pressklipp i bilagan som ger vid handen att beståndsdelen "bet365" använts som "firmanamn", men dessa är i kraftig minoritet (exempelvis dokument nr 6 av 431 som hämtats från engelsk press, vilket redovisar en förteckning över miljonärer, däribland de som äger klaganden, eller dokument nr 76 och 77 av 431 som hämtats från engelsk press, vilka innehåller uppgifter och kommentarer om olika bolag).

- 59 Den av klaganden vid EUIPO åberopade bilagan JC 17 innehåller pressklipp från januari 2007 till november 2013. Däri återfinns visserligen bland klippen från engelsk press flera dokument som visar att beståndsdelen "bet365" använts som firmanamn (exempelvis dokument nr 13, 31, 46, 68, 105 och 156 av 231), men det finns bland dessa pressklipp också ett mycket stort antal dokument som hänvisar till sportevenemang som anordnats under ett namn som innehåller beståndsdelen "bet365", särskilt hästkapplöpningar, handlingar som redovisar vilka odds som erbjuds av klaganden (exempelvis dokument nr 120–125, 157, 179–185 och 204 av 231), och åtminstone en artikel som nämner applikationen "bet365" med hjälp av vilken det går att delta i vadslagning och hasardspel på mobiltelefonen (dokument nr 14 av 231). Övriga 231 pressklipp från irländsk media som återfinns i bilaga JC 17 innehåller särskilt dokument som hänvisar till sportevenemang som anordnats under ett namn som innehåller beståndsdelen "bet365", men även dokument som redovisar klagandens odds, även med några kommentarer från klaganden i egenskap av bookmaker (exempelvis dokument nr 43 och 68 av 231).
- 60 I bilagorna JC 16 och JC 17 återfinns således flera uppgifter som tjänar som bevisning till styrkande av att beståndsdelen "bet365" använts som varumärke gentemot omsättningskretsen i Irland och Förenade kungariket mellan juli 2001 och november 2013.
- 61 De av klaganden vid EUIPO åberopade bilagorna JC 18 (a)–JC 18 (g) innehåller pressklipp från webbaserad media eller klassisk media i sju andra medlemsstater. Dessa dokument innehåller en odaterad jämförelse av kvaliteten på tjänster som tillhandahålls av sju vadslagnings- och hasardspelbolag. Man hänvisar däri till klaganden medelst det omstridda varumärket och en av klagandens figurtecken. Det finns även artiklar som publicerats mellan åren 2007 och 2013, jämte en odaterad artikel, vilka alla handlar om fotboll; däri redovisas klagandens odds under namnet "bet365" eller så finns det däri reklam för det omstridda varumärket eller för webbplatsen "bet365.com". Särskilt bilaga JC 18 (c) innehåller några pressklipp som handlar om sport från svensk media, publicerade mellan åren 2008 och 2012; där återfinns kommentarer från klaganden som identifieras under namnet bet365 samt de odds som klaganden erbjuder. Nämnade bilaga innehåller dessutom en artikel om den reklamkampanj som klaganden genomförde år 2013.
- 62 I bilagorna JC 18 (a)–JC 18 (g) återfinns således uppgifter som tjänar som bevisning till styrkande av att det omstridda varumärket använts som varumärke, bland annat i Sverige. Denna bevisning kan således bidra till att styrka att det omstridda varumärket förvärvat särskiljningsförmåga till följd av användning i Sverige.
- 63 Till skillnad från vad som gjorts gällande av EUIPO vid förhandlingen, finner tribunalen att det låg överklagandenämnden att på ett tillräckligt fullständigt sätt pröva dessa bilagor, i vart fall de som avsåg de länder som ingår i det relevanta område som nämnden lade till grund för sin prövning. Det var nämligen inte så att klaganden vid överklagandenämnden endast åberopat hundratals pressklipp utan någon kommentar; det framgår av punkt 11 i förklaringen från C. varifrån dessa pressklipp var hämtade och dessutom framgår det av dessa urklipp att det omstridda varumärket använts såsom varumärke, med preciseringen i förekommande fall att vissa av dem hade översatts till engelska. Dessutom föreskrivs det i artikel 76.1 i förordning nr 207/2009 (nu artikel 95.1 i förordning 2017/1001) att EUIPO under förfarandet ska pröva sakförhållandet på eget initiativ. Undantaget från denna regel som rör förfaranden om relativa registreringshinder kan inte tillämpas i förevarande mål, eftersom intervenienten inlett ett förfarande om ogiltighetsförklaring av det omstridda varumärket med stöd av en absolut ogiltighetsgrund och inte med stöd av en relativ sådan. Om överklagandenämnden hade funnit att det mot bakgrund av bilagornas omfång var alltför svårt att identifiera vilka av klagandens dokument som var relevanta, så hade nämnden i vart fall – som en processledningsåtgärd enligt artikel 78.1 i förordning nr 207/2009 (nu artikel 97.1 i förordning 2017/1001) – kunnat förelägga klaganden att inkomma med närmare preciseringar.

- 64 Klaganden har vidare – också inom ramen för sin första argumentationslinje (se punkt 21 ovan) – åberopat olika uppgifter rörande användningen av klagandens webbplats, till styrkande av att det omstridda varumärket förvärvat särskiljningsförmåga till följd av användning i olika länder.
- 65 Klaganden har inledningsvis gjort gällande att dess webbplats, innehållande erbjudande om vadslagning och hasardspel, kan användas på flera språk. Såsom framgår av den av klaganden vid EUIPO åberopade bilaga JC 4 har klagandens webbplats varit i bruk sedan år 2006, bland annat på engelska, danska och svenska. Dessa omständigheter utgör indicier på att klaganden har en betydande kundkrets i åtminstone ett land där dessa språk talas, eftersom skapandet och det dagliga underhållet av en interaktiv webbplats på ett språk innebär omkostnader som inte kan anses motiverade om så inte vore fallet.
- 66 Klaganden har även åberopat rangordningen av dess webbplats i termer av antal besök i olika länder, såsom framgår av den bilaga JC 5 som klaganden åberopat vid EUIPO. Tribunalen gör i denna del följande bedömning. Ett stort antal besök kan styrka att det omstridda varumärket – som återfinns i namnet på klagandens hemsida – har förvärvat särskiljningsförmåga till följd av användning i berörda länder. Såsom redan angetts i punkt 44 ovan är det nämligen så, att – bortsett från vissa spelare som spelar för första gången – en kund som kopplar upp sig på en webbplats tillhörande ett vadslagnings- eller hasardspelbolag inte gör detta av en slump, utan eftersom denna kund vill se just vilka erbjudanden som står till buds hos operatören och eventuellt sätta en peng. Plats 33 i Sverige och plats 74 i Förenade kungariket (vilket framgår av bilaga JC 5) utgör således indicier på att det omstridda varumärket där förvärvat särskiljningsförmåga till följd av användning.
- 67 Dylika indicier framgår även av uppgifterna rörande nya abonnenter på klagandens webbplats, såsom framgår av den bilaga JC 6 (b) som klaganden gett in till överklagandenämnden. Varje säsong sedan säsongen 2008/2009 låter flera hundratusentals nya spelare registrera sig i Förenade kungariket på webbplatsen (735 122 för säsongen 2012/2013). Motsvarande sifferuppgifter för Danmark ger vid handen att det är fråga om flera tiotusentals (85 183 nyregistreringar för säsongen 2012/2013). Sifferuppgifterna för övriga delar av unionen (förutom Spanien som också redovisas individualiserat) har lagts ihop, och det rör sig om flera hundratusentals nya spelare varje säsong (901 835 nyregistreringar för säsongen 2012/2013). Den av klaganden vid EUIPO åberopade bilagan JC 6 (a) innehåller äldre sifferuppgifter (säsongen 2006/2007), men det är utifrån denna bilaga möjligt att få reda på sifferuppgifter per land för "övriga delar av unionen", nämligen 7 062 nya abonnenter för Finland, 8 291 nya abonnenter för Irland, 462 nya abonnenter för Nederländerna och 59 322 nya abonnenter för Sverige. Dessa uppgifter avser således nya spelare som låtit registrera sig under en säsong på klagandens webbplats, och om det är möjligt att tro att vissa låter registrera sig direkt som en slump på just denna webbplats snarare än på en annan, så är det även rimligt att utgå från att de flesta inte gör detta av en slump utan antingen på tips från andra spelare eller efter att ha gjort en bedömning av utbudet och i förekommande fall jämfört det med andra, eller eftersom de just vill registrera sig på flera webbplatser tillhörande olika spelbolag för att där kunna satsa pengar från gång till gång utifrån det spelerbjudande som de anser ge störst vinstchans. I sistnämnda fall – vilka är de mest troliga – ger registreringen på klagandens webbplats under adressen "www.bet365.com" en bild av att det omstridda varumärket eller därifrån härledda varumärken har använts såsom varumärken, eftersom varumärkena just gör det möjligt att identifiera ursprunget för de tjänster som står till buds om man låtit registrera sig.
- 68 I dessa tankebanor finner tribunalen även att klaganden på goda grunder gjort gällande vissa uppgifter rörande det program för medlemskap på tredje mans webbplatser som ska ge de internetanvändare som använder dessa webbplatser incitament att besöka klagandens webbplats. Eftersom klaganden, till den tredje man på vars hemsida det är möjligt att omdirigera trafik och möjliggöra registrering av och en första utbetalning från en internetanvändare för ett spel hos klaganden, betalar ut en kommission, kan storleken på denna kommission och fördelningen från land till land ge en indikation på hur det omstridda varumärket används. När en internetanvändare är inne på en tredje mans webbplats och denne blir så intresserad av det omstridda varumärket eller därifrån härledda varumärken med

reklamerbjudanden att denne låter registrera sig hos klaganden på dennes webbplats, och sedan gör sin första betalning, så beror det på att det omstridda varumärket spelat en roll såsom varumärke som identifierar ett visst tjänsteutbud som internetanvändaren därefter ämnar ta del av. Den av klaganden vid EUIPO åberopade bilaga JC 30 ger vid handen att sedan säsongen 2007/2008 har flera miljoner brittiska pund varje säsong betalats ut till anslutna webbplatser. Motsvarande omsättning för Danmark är större än en miljon brittiska pund för säsongen 2012/2013. Omsättningen för övriga delar av unionen (förutom Spanien) har lagts ihop och det är därvid fråga om flera tiotals miljoner brittiska pund sedan säsongen 2010/2011. I vart fall avseende de länder vars sifferuppgifter redovisas individualiserat ger dessa belopp en klar indikation på att det omstridda varumärket eller därifrån härledda varumärken har använts för att saluföra vadslagning och hasardspel hos klaganden.

- 69 Det är däremot inte möjligt att enbart utifrån antalet omdirigeringar från tredje mans webbplatser till klagandens webbplats få en trovärdig bild av att det omstridda varumärket använts för att identifiera klagandens tjänster; vid detta tillfälle är det nämligen – mot bakgrund av att det omstridda varumärket har beskrivande karaktär – mycket möjligt att den berörda internetanvändaren kopplar upp sig av en slump innan vederbörande får exakt kännedom om innehållet i erbjudandet.
- 70 Klaganden har även åberopat storleken på genererade spelbelopp, såsom dessa framgår av bilaga JC 10 (a) som klaganden åberopat vid EUIPO. Denna bilaga ger bland annat vid handen att under säsongen 2012/2013 spelades det i Förenade kungariket för flera miljarder brittiska pund, för hundratals miljoner brittiska pund i Danmark och för flera miljarder brittiska pund för övriga delar av unionen (förutom Spanien). I vart fall avseende de länder vars sifferuppgifter redovisats individualiserat, ger dessa belopp en klar indikation på att det omstridda varumärket eller därifrån härledda varumärken har använts för att saluföra vadslagning och hasardspel hos klaganden, eftersom den som vill ägna sig åt vadslagning eller hasardspel måste använda beståndsdelen ”bet365” för att kunna delta.
- 71 Vad sedan gäller de reklaminvesteringar som gjorts gällande av klaganden och som framgår av den bilaga JC 19 som klaganden åberopat vid EUIPO, drar tribunalen samma slutsatser som de avseende spelbeloppen (se punkt 70 ovan). Uppgifterna avser de olika säsongerna sedan säsongen 2006/2007 och visar på flera miljoner brittiska pund eller till och med flera tiotals miljoner brittiska pund i reklamutgifter varje säsong både i Danmark och i Förenade kungariket. Reklamutgifterna i övriga delar av unionen (förutom Spanien) uppgår även de till flera miljoner brittiska pund per säsong, men de har inte redovisats individualiserat land för land. I vart fall avseende de länder som har individualiserade sifferuppgifter så ger dessa belopp en klar indikation på att det omstridda varumärket eller därifrån härledda varumärken har använts för att saluföra vadslagning och hasardspel hos klaganden, eftersom dessa varumärken är de enda som klaganden har använt för att rent allmänt identifiera sina vadslagnings- och hasardspelstjänster. Andra handlingar som klaganden åberopat vid överklagandenämnden avseende reklam där det omstridda varumärket och därifrån härledda varumärken används, kan utgöra indicier på att det omstridda varumärket förvärvat särskiljningsförmåga till följd av användning, särskilt utanför Förenade kungariket. I bilagorna JC 20 (a)–JC 20 (e), vilka åberopats av klaganden vid EUIPO, återfinns flera kopior av reklammaterial för vadslagning i sporttävlingar på de språk som talas i berörda länder; denna reklam publicerades mellan åren 2007 och 2013, bland annat i skriven media på engelska, danska och svenska. I bilaga JC 21 (a), vilken åberopats av klaganden vid EUIPO, återfinns exempel på tv-reklam som sänts på engelska eller på det språk som talas i aktuellt land i Danmark, Sverige och Förenade kungariket. Uttalandet från C. (punkterna 14.1–14.22) avser foton från tv-reklam som sänts i Danmark, Sverige och Förenade kungariket, och den DVD som bilagts klagandens yttrande till överklagandenämnden innehåller rörliga bilder från detta reklammaterial där kända artister förekommer. Bilaga JC 21 (b), vilken åberopats av klaganden vid EUIPO, innehåller några reklamslag på engelska, a priori för sändning i radio i Förenade kungariket. Bilaga JC 25, vilken åberopats av klaganden vid EUIPO, innehåller exempel på korta tv-reklammeddelanden som sändes mellan åren 2009 och 2014 i Danmark, Sverige och Förenade kungariket.

- 72 Vad däremot gäller uttalandet från C. (punkt 17 och följande punkter), jämfört med bilaga JC 23 som klaganden åberopat vid EUIPO, har klaganden gjort gällande att det utifrån dessa går att utläsa att reklam på fotbollsplaner kan ses i hela unionen på TV. Tribunalen finner emellertid att det i uppgifterna inte finns tillräckligt precis information om sändningen av denna reklam i olika unionsländer, till skillnad från vad överklagandenämnden verkar ha funnit i punkt 58 i det överklagade beslutet. Det anges nämligen däri endast hur många timmar totalt sett som sändningen pågått i hela unionen, utan någon differentiering per land. Samma bedömning görs gällande de uppgifter som klaganden åberopat vid EUIPO för att illustrera reklam användningen av det omstridda varumärket eller därifrån härledda varumärken via fotbollsklubben Stoke City FC, särskilt fotografierna i bilaga JC 29. Även om det är troligt att de *Premier League*-fotbollsmatcher som Stoke City spelar går att ses på en tv-kanal i samtliga länder i unionen, så kan dessa fotografier på spelare, fotbollsplaner eller kringprodukter inte ge någon indikation vad gäller den verkliga sändningen av denna reklam i olika unionsländer. De pressartiklar som vid EUIPO åberopats av klaganden i bilaga JC 29 (b) och som hämtats från tidningar i Irland och Förenade kungariket, kan inte heller anses ge några indikationer i detta avseende.
- 73 Klaganden har också – inom ramen för sin andra argumentationslinje (se punkt 21 ovan) – åberopat vissa uppgifter som går att utläsa från uttalandet från H. och från bilaga CH 1 till detta uttalande. Dessa uppgifter skiljer sig emellertid knappast från de uppgifter som återfanns redan i uttalandet från C. och i bilagorna därtill. H. har exempelvis bekräftat de reklamkampanjer som klaganden låtit genomföra i Danmark, Sverige och i Förenade kungariket. Sådana uppgifter från en i förhållande till klaganden extern person kan visserligen förstärka trovärdigheten i de uttalanden och den bevisning som åberopats av klaganden, men de föranleder inte någon annan bedömning i sak än den som går att göra utifrån dessa om man utgår från att de är trovärdiga. Även om de bekräftas av H., har uppgifterna angående sponsringen av fotbollsklubben Stoke City FC – såsom angetts i punkt 72 ovan – ett begränsat bevisvärde vad gäller frågan huruvida det omstridda varumärket förvärvat särskiljningsförmåga till följd av användning i hela det relevanta området. De av H. framhävda uppgifterna om klagandens framgångar kan på sin höjd indirekt styrka den framgång som i kommersiellt hänseende rönts av varumärket med samma namn och av de därifrån härledda varumärkena, vilka är de enda som använts av klaganden för att rent allmänt identifiera dennes vadslagnings- och hasardspeltjänster, utan att de för den sakens skull verkligen kan anses styrka detta med beaktande av att det därvid är fråga om mycket allmänt hållna uppgifter.
- 74 Det är visserligen så, att vissa av de uppgifter som nämnts i ovanstående punkter inte i sig innehåller all den information som behövs för att de ska kunna anses ovedersägliga. De kopior av reklammaterial för dansk och svensk skriven press som återfinns i bilaga JC 20 har exempelvis inte getts in i form av kopior av de tidningssidor där de ska ha förekommit, vilket för övrigt påpekats av C. i dennes uttalande (punkt 13.7) med angivandet att det därvid kan vara fråga om provexemplar. Vidare har många av de uppgifter som åberopats av klaganden – bland annat angående spelomsättning eller reklamutgifter – hämtats från rent interna källor. Dock finns det många exempel på uppgifter som hämtats från i förhållande till klaganden externa källor, eller på uppgifter som svårligen går att bestrida: kompletta pressklipp från svensk media; jämförelsen avseende besök på webbplatser i olika länder, där det anges att klaganden ligger på plats 33 i Sverige och på plats 74 i Förenade kungariket; omständigheten att klagandens webbplats finns både i en engelsk, i en dansk och i en svensk version; fotografier och rörliga bilder från tv-reklam som sänts i Danmark, Sverige och Förenade kungariket där flera kända artister förekommer (som illustration till punkterna 14.1–14.22 i uttalandet från C., och på den DVD som bilagts klagandens yttrande till överklagandenämnden); de synnerligen många pressklipp som – såsom rankingen i *Sunday Times* som återfinns i bilaga CH 1 till uttalandet från H. – påvisar de framgångar i kommersiellt hänseende som klaganden rönt, vilka överklagandenämnden i det överklagade beslutet betecknat som ”blomstrande och välkända [med] miljontals kunder i 200 länder” (punkt 64). Dessa uppgifter, som det finns föga anledning att ifrågasätta och som överensstämmer med de övriga uppgifter som åberopats av klaganden, stärker trovärdigheten hos sistnämnda uppgifter. Mot bakgrund av att någon precis kritik inte riktats mot uppgifternas tillförlitlighet, och mot bakgrund av att informationen däri är sannolik, finner tribunalen således att samtliga de uppgifter som nämns i

punkterna 57–73 ovan är trovärdiga, såvitt de utgör uppgifter som på ett ändamålsenligt sätt åberopats av klaganden till styrkande av att det omstridda varumärket förvärvat särskiljningsförmåga till följd av användning per den 19 juni 2013 i det relevanta området.

- 75 Mot bakgrund av bedömningskriterierna för frågan huruvida ett varumärke förvärvat särskiljningsförmåga till följd av användning (se särskilt punkterna 27–29 ovan), och med beaktande av de felaktiga bedömningar eller felaktiga rättsliga kvalificeringar som påpekats i punkterna 38–55 ovan, jämte de många uppgifter som klaganden åberopat vid överklagandenämnden (se punkterna 57–74 ovan) och som har bevisvärde i frågan huruvida det omstridda varumärket förvärvat särskiljningsförmåga till följd av användning i det relevanta området men som överklagandenämnden inte beaktat i detta avseende, finner tribunalen att överklagandenämnden i det överklagade beslutet inte lämnat tillräckliga beslutsskäl för själva avgörandet när det gäller de i registreringen angivna vadslagnings- och hasardspelstjänsterna i klass 41. Följaktligen finner tribunalen att klaganden, såvitt avser dessa tjänster, ska vinna framgång med den enda ogiltighetsgrund som åberopats till stöd för överklagandet. Det saknas därvid anledning att pröva de sista argument som åberopats av klaganden angående den av överklagandenämnden påtalade avsaknaden av marknadsundersökningar eller av bevisning från en handelskammare.
- 76 Mot bakgrund av de domskäl som anförts för att ogiltigförklara det överklagade beslutet, ankommer det inte på tribunalen att göra en detaljerad och konklusiv bedömning avseende hela det relevanta området; detta gör sig i än högre grad gällande som överklagandenämnden själv inte vidtog någon sådan bedömning (se, analogt, dom av den 5 juli 2011, Edwin/harmoniseringskontoret, C-263/09 P, EU:C:2011:452, punkterna 71 och 72).
- 77 Tribunalen ogiltigförklarar således det överklagade beslutet i den mån det avser de i registreringen av det omstridda varumärket angivna tjänsterna i klass 41.

Rättegångskostnader

- 78 När rättegångsdeltagarna ömsom tappar ett mål på en eller flera punkter, ska vardera deltagaren enligt artikel 134.3 i tribunalens rättegångsregler bära sina egna rättegångskostnader. Tribunalen får emellertid besluta att en rättegångsdeltagare delvis ska ersätta en annan deltagares rättegångskostnader, om det framstår som skäligt med hänsyn till omständigheterna i målet.
- 79 Klaganden, EUIPO och intervenienten har ömsom delvis tappat målet. Med hänsyn till omständigheterna i målet beslutar tribunalen att vardera parten ska bära sina egna rättegångskostnader.

Mot denna bakgrund beslutar

TRIBUNALEN (nionde avdelningen)

följande:

- 1) Det beslut som meddelades av femte överklagandenämnden vid Europeiska unionens immaterialrättsmyndighet (EUIPO) den 21 mars 2016 (ärende R 3243/2014-5) ogiltigförklaras, såvitt det avser de i registreringen av EU-varumärket BET 365 angivna tjänsterna i klass 41.**
- 2) Överklagandet ogillas i övrigt.**
- 3) Vardera parten ska bära sina rättegångskostnader.**

Gervasoni

Madise

da Silva Passos

Avkunnad vid offentligt sammanträde i Luxemburg den 14 december 2017.

Underskrifter