



Samling af Afgørelser

RETTENS DOM (Niende Afdeling)

14. december 2017*

»EU-varemærker - ugyldighedssag - EU-ordmærket BET 365 - absolut registreringshindring -
fornødent særpræg opnået ved brug - bevis - brug af varemærket til flere formål - artikel 7, stk. 3, og
artikel 52, stk. 2, i forordning nr. 207/2009 (nu artikel 7, stk. 3, og artikel 59, stk. 2, i forordning
(EU) nr. 2017/1001)«

I sag T-304/16,

bet365 Group Ltd, Stoke-on-Trent (Det Forenede Kongerige), ved S. Malynicz, QC, samt solicitors R.
Black og J. Bickle,

sagsøger,

mod

Den Europæiske Unions Kontor for Intellectuel Ejendomsret (EUIPO) ved S. Hanne, som
befuldmægtiget,

sagsøgt,

den anden part i sagen for appelkammeret ved EUIPO og intervenient ved Retten:

Robert Hansen, München (Tyskland), ved advokat M. Pütz-Poulalion,

angående en påstand om annullation af afgørelse truffet den 21. marts 2016 af Femte Appelkammer
ved EUIPO (sag R 3243/2014-5) vedrørende en ugyldighedssag mellem Robert Hansen og bet365
Group,

har

RETTEN (Niende Afdeling),

sammensat af afdelingsformanden, S. Gervasoni, og dommerne L. Madise (refererende dommer) og R.
da Silva Passos,

justitssekretær: fuldmægtig I. Dragan,

under henvisning til stævningen, der blev indleveret til Rettens Justitskontor den 15. juni 2016,

under henvisning til svarskriftet fra EUIPO, der blev indleveret til Rettens Justitskontor den 12. august
2016,

* Processprog: engelsk.

under henvisning til intervenientens svarskrift, der blev indleveret til Rettens Justitskontor den 7. september 2016,

på grundlag af retsmødet den 17. maj 2017

afsagt følgende

Dom

Tvistens baggrund

- 1 Den 23. maj 2007 indgav sagsøgeren, bet365 Group Ltd, en ansøgning om registrering af et EU-varemærke til Den Europæiske Unions Kontor for Intellectuel Ejendomsret (EUIPO) i henhold til Rådets forordning (EF) nr. 40/94 af 20. december 1993 om EU-varemærker (EFT 1994, L 11, s. 1), med senere ændringer (erstattet af Rådets forordning nr. 207/2009 af 26.2.2009 om EU-varemærker, (EUT 2009, L 78, s. 1), med senere ændringer, der selv blev erstattet af Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EU) nr. 2017/1001 af 14.6.2017 om EU-varemærker (EUT 2017, L 154, s. 1)).
- 2 Det varemærke, der blev søgt registreret, er ordtegnet BET 365.
- 3 De varer og tjenesteydelser, som varemærkeansøgningen vedrører – efter den begrænsning, der blev foretaget under sagen for EUIPO – henhører under klasse 9, 28, 35, 36, 38, 41 og 42 i Nicearrangementet af 15. juni 1957 vedrørende international klassificering af varer og tjenesteydelser til brug ved registrering af varemærker, som revideret og ændret, og svarer til følgende beskrivelse:
 - klasse 9: »computersoftware; computersoftware til væddemål og hasardspil samt til databasestyring; elektroniske publikationer; computerspil; elektroniske interaktive computerspil; computersoftware og computerprogrammer til distribution til og anvendelse af brugere af væddemåls- og spiltjenester; computerspilprogrammer, der er downloadet via internettet [software]; software til computerspil; computerprogrammer til spil; computersoftware, der kan downloades fra internettet; cd'er og dvd'er; spilapparater til brug med fjernsynsmodtagere; computersoftware til downloading, transmission, modtagelse, redigering, udlæsning, kodning, afkodning, afspilning, lagring og organisering af data, inklusive lyd- og billeddata«
 - klasse 28: »spil og legetøj; spilapparater (dog ikke til anvendelse sammen med fjernsynsapparater); spil vedrørende hasardspil«
 - klasse 35: »annonce- og reklamevirksomhed; bistand ved forretningsledelse og forretningsadministration; forretningsadministration; bistand ved varetagelse af kontoropgaver; onlinedatabehandling«
 - klasse 36: »finansielle tjenesteydelser; finansiell virksomhed i forbindelse med væddemål, spil, indsatsspil, lotterier eller bookmakervirksomhed; tilvejebringelse af finansiell information i forbindelse med væddemål, spillevirksomhed, hasardspil, lotterier eller bookmaking; information, rådgivning og bistand vedrørende ovennævnte tjenesteydelser«
 - klasse 38: »tilvejebringelse af flerbrugernetværkssystemer, der giver adgang til information og tjenester vedrørende spil og væddemål via internettet, andre globale netværk eller via telefoni (herunder mobiltelefoner); tjenesteydelser inden for telekommunikationsvirksomhed; transmission af radio- og fjernsynsprogrammer; datastreaming; streaming af direkte TV og radio; onlinevideotjenester, udbydelse af direkte streaming af kulturelle, underholdnings- og sportsarrangementer; tilvejebringelse af træfpunkter på internettet; formidling af onlineforummer;

transmission og kommunikation; transmission af lyd og/eller billeder; udsendelse af meddelelser og billeder formidlet via computer; tjenester i forbindelse med elektronisk post; telekommunikationsvirksomhed vedrørende internettet eller via telefoni, herunder mobiltelefoner; telekommunikation af informationer (inklusive websider); tilvejebringelse af telekommunikationsforbindelser til computerdatabaser og websteder på internettet eller via telefoni, herunder mobiltelefoner; information om telekommunikation; faktuel informationsvirksomhed i forbindelse med telekommunikation«

- klasse 41: »tilvejebringelse af væddemål, hasardspil og spilvirksomhed via fysiske og elektroniske steder og telefoncentre; væddemål, lotterier eller bookmaking; væddemål via kreditkort, spillevirksomhed, hasardspil, lotterier eller bookmaking; organisering og ledelse af lotterier; elektronisk virksomhed i forbindelse med væddemål, spil, hasardspil og lotterier udbudt via internettet eller via et globalt computernetværk eller online fra en database på et computernetværk eller via telefoni, inklusive mobiltelefoner, eller via en TV-kanal, inklusive en TV-kanal; interaktive poker-, bingo- og færdighedsspil og spillevirksomhed, herunder spilleformater til en enkelt eller flere spillere; præsentation og produktion af poker- og bingokonkurrencer, -turneringer, -spil og -spillehaller; underholdningsvirksomhed, sportsarrangementer og kulturelle arrangementer; organisering og ledelse af konkurrencer; fjernspillehaller udbudt via telekommunikationsforbindelser; information om hasardspil leveret online fra en computerdatabase eller via internettet; spillevirksomhed til underholdningsformål; elektronisk spil via internet; arrangering af spil; onlinehasardspil; virksomhed i forbindelse med drift af computerstyret bingo- og færdighedsspil; information vedrørende spil udbudt online fra en computerdatabase eller via internettet; information og rådgivning vedrørende alle ovennævnte tjenesteydelser; faktuel information vedrørende sport«
 - klasse 42: »computerrådgivning, -konsulentbistand og -design, leasing, udlejning og leje af computersoftware, programmering af computere«.
- 4 Undersøgeren meddelte sagsøgeren, at denne havde til hensigt at give afslag på registreringsansøgningen med den begrundelse, at det ansøgte varemærke var beskrivende for de pågældende varer og tjenesteydelser i forhold til en engelsktalende gennemsnitsforbruger, for så vidt som bestanddelen »bet« henviste til væddemål, og bestanddelen »365« henviste til antallet af dage i kalenderåret, hvilket betød, at varemærket vedrørte et udbud af væddemål, der er tilgængeligt året rundt. Dette var følgelig omfattet af anvendelsesområdet for artikel 7, stk. 1, litra c), i forordning nr. 40/94 [senere artikel 7, stk. 1, litra c), i forordning nr. 207/2009, nu artikel 7, stk. 1, litra c), i forordning nr. 2017/1001], hvorefter varemærker, som udelukkende består af tegn eller angivelser, der i omsætningen kan tjene til at betegne varens eller tjenesteydelsens art, beskaffenhed, mængde, anvendelse, værdi, geografiske oprindelse, tidspunktet for varens fremstilling eller for præstationen af tjenesteydelsen eller andre egenskaber ved disse, er udelukket fra registrering. Undersøgeren tilføjede, at det varemærke, der blev ansøgt registreret, også manglede fornødent særpræg, hvilket gjorde, at det var omfattet af anvendelsesområdet for artikel 7, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94 [senere artikel 7, stk. 1, litra b), i forordning nr. 207/2009, nu 7, stk. 1, litra b), i forordning nr. 2017/1001], hvilket ligeledes i denne forbindelse forhindrer registreringen heraf.
- 5 Sagsøgeren anfægtede undersøgerens foreløbige vurdering, men gjorde også gældende, at det varemærke, der var indgivet, på tidspunktet for registreringsansøgningen havde opnået fornødent særpræg ved brug, hvilket i henhold til bestemmelserne i artikel 7, stk. 3, i forordning nr. 40/94 (senere artikel 7, stk. 3, i forordning nr. 207/2009, nu artikel 7, stk. 3, i forordning nr. 2017/1001) under alle omstændigheder gjorde det muligt for varemærket at blive registreret. Sagsøgeren fremlagde til støtte for sin påstand i denne retning en erklæring fra selskabets administrerende direktør, C., samt en erklæring fra H., som er administrerende direktør for Remote Gambling Association, der er en sammenslutning af udbydere af hasardspil og væddemål. Disse erklæringer, der var vedlagt bilag, havde til formål at dokumentere, at det ansøgte varemærke rådede over betydelige

markedsandele, at vise den geografiske udstrækning og varigheden af dets brug samt den investering, der var foretaget for at fremme det, at påvise, at brugen af varemærket var anerkendt inden for industri og handel, og at sagsøgeren var ene om at bruge det for de varer og tjenesteydelser, som det vedrørte.

- 6 Ved skrivelse af 29. september 2008 medgav undersøgeren, at de beviser, som sagsøgeren havde fremlagt, påviste, at det indgivne varemærke havde opnået fornødent særpræg ved brug. Undersøgeren anførte i denne forbindelse, at de fremlagte dokumenter viste, at bestanddelen »bet365« var blevet brugt i forskellige sammenhænge og stiliseringer, og at erklæringen fra C. viste en konstant brug, der var blevet større og større siden 1991, idet sagsøgeren nu behandlede over 2 mio. væddemål om ugen og var det 16.-største unoterede selskab i Det Forenede Kongerige. Uddragene fra pressen viste navnlig, at der var gjort brug af varemærket som varemærke i forhold til kundekredsen for varer og tjenesteydelser for sportsvæddemål og pengespil via internettet i Irland og Det Forenede Kongerige. Det var ligeledes godtgjort, at varemærket havde været genstand for en reklameindsats i Den Europæiske Union, især i Irland og Det Forenede Kongerige, men også i aviserne i Danmark, Tyskland, Spanien og Sverige, idet budgettet til markedsføring mellem 2001 og 2007 gik fra 48 000 til 6 000 000 britiske pund (GBP).
- 7 Den 13. oktober 2008 blev varemærkeansøgningen følgelig offentliggjort i *EF-Varemærketidende* nr. 2008/041. I mangel af bemærkninger fra tredjemand, men efter en forkastet indsigelse, blev varemærket registreret den 15. februar 2012 for de varer og tjenesteydelser, der er opregnet i præmis 3 ovenfor, som henhører under klasse 9, 28, 35, 36, 38, 41 og 42. Registreringen af varemærket bekendtgjordes den 17. februar 2012 i *EF-varemærketidende* nr. 2012/034.
- 8 Den 19. juni 2013 indgav intervenienten, Robert Hansen, efter den 18. februar 2013 at have indgivet en ansøgning om registrering af ordmærket b365, der var genstand for en indsigelse med succes fra sagsøgerens side, en begæring om, at varemærket BET 365 blev erklæret ugyldigt, idet Robert Hansen gjorde gældende, at det var beskrivende for de omfattede varer og tjenesteydelser, og at det ikke havde fornødent særpræg.
- 9 Under den kontradiktoriske procedure, der fulgte, fremlagde sagsøgeren nye erklæringer fra C. og H. af henholdsvis 2. januar 2014 (med 34 bilag) og 20. december 2013 (med 1 bilag). Selv om sagsøgeren stadig forsvarede det standpunkt, at det anfægtede varemærke ikke var beskrivende i sig selv og havde fornødent særpræg, hævdede selskabet også, at der siden indgivelsen af registreringsansøgningen i 2007 og navnlig indtil tidspunktet for indgivelsen af ugyldighedsbegæringen i 2013 var sket en intensivering af den brug, der var gjort af varemærket som varemærke, hvilket gav det fornødent særpræg. I denne forbindelse fremlagde sagsøgeren de tidligere fremlagte beviser igen – idet denne ajourførte dem – som havde til formål at dokumentere, at det anfægtede varemærke rådede over betydelige markedsandele, at godtgøre den geografiske udstrækning og varigheden af dets brug, at påpege den investering, der var foretaget for at fremme det, såvel som at påvise, at brugen af varemærket var anerkendt inden for industri og handel, og at sagsøgeren var ene om at bruge det for de varer og tjenesteydelser, som det vedrørte.
- 10 For sin del anfægtede intervenienten bl.a. relevansen af de beviser, som sagsøgeren havde fremlagt med henblik på at vise, at brugen af det anfægtede varemærke havde givet det fornødent særpræg. Intervenienten gjorde bl.a. gældende, at sagsøgeren hovedsagelig var aktiv i Irland og Det Forenede Kongerige, og at bestanddelen »bet365« af sagsøgeren alene blev brugt som selskabsnavn og som internetdomænenavn for at styre kunderne hen til sagsøgerens websted, men ikke for at identificere de tjenesteydelser, der som sådan blev udbudt til disse kunder, som identificeredes ved andre tegn, i hvilken forbindelse den eneste undtagelse var spillet bet365 bingo.
- 11 Efter at annullationsafdelingen havde modtaget sagsøgerens yderligere bemærkninger, afslog den ugyldighedsbegæringen ved afgørelse af 24. november 2014. Selv om annullationsafdelingen bekræftede, at det anfægtede varemærke i sig selv var beskrivende for de pågældende varer og

tenesteydelser i det mindste i en stor del af EU, og at det følgelig i første omgang manglede særpræg, medgav den, at dette varemærke havde opnået fornødent særpræg ved brug. Annullationsafdelingen påpegede i det væsentlige, at sagsøgeren havde godtgjort en væsentlig udvikling af sine aktiviteter under navnet BET365, og at intervenienten ikke bestred sagsøgerens brug af dette navn som selskabsnavn og som en del af domænenavnet for selskabets websted. Selv om brugen af et udtryk som varemærke for varer og tjenesteydelser og som selskabsnavn i teorien sagtens kan skelnes fra hinanden, ville sondringen imidlertid i praksis kunne udhules i forhold til kundekredsen, når det samme udtryk bruges til to formål. I dette tilfælde ville det være højst usandsynligt, at en gennemsnitsforbruger ville foretage en sådan sondring, når denne anvender sagsøgerens websted for at spille eller indgå væddemål, selv om forskellige udbudte spil eller væddemål har forskellige specifikke navne. Det er navnlig højst usandsynligt, at gennemsnitsforbrugeren ville være i tvivl om, at disse spil og væddemål udbydes af sagsøgeren – identificeret ved det anfægtede varemærke – for så vidt som sidstnævnte var genstand for omfattende reklamekampagner og i vid udstrækning var blevet omtalt i pressen.

- 12 Intervenienten indbragte en klage over annullationsafdelingens afgørelse til EUIPO, hvorved denne igen anmodede om, at det anfægtede varemærke blev erklæret ugyldigt. Intervenienten kritiserede i det væsentlige den omstændighed, at annullationsafdelingen havde kunnet nå frem til, at der forelå en brug, der gjorde, at det anfægtede varemærke kunne opnå fornødent særpræg, som i hele EU gjorde det muligt at angive de forskellige omfattede varers og tjenesteydelsers handelsmæssige oprindelse, på grundlag af omtalen af bestanddelen »bet365« i de i Irland og Det Forenede Kongerige offentliggjorte uddrag fra pressen (ifølge intervenienten med henblik på at identificere sagsøgeren eller de af denne fastsatte odds) såvel som brugen af denne bestanddel som domænenavnet på sagsøgerens websted og i et hjørne af webstedets sider.
- 13 Ved afgørelse af 21. marts 2016 (herefter »den anfægtede afgørelse«) gav Femte Appellkammer ved EUIPO medhold i klagen, idet det bekræftede, at det anfægtede varemærke havde beskrivende karakter, og at det ikke havde særpræg i sig selv i forhold til den engelsktalende del af den pågældende kundekreds, og idet appellkammeret afviste, at varemærket havde opnået fornødent særpræg ved brug for en væsentlig del af det relevante område, hvor det i sig selv manglede fornødent særpræg, dvs. ifølge appellkammeret under hensyntagen til den dato, hvor registreringsansøgningen var blevet indgivet, Danmark, Irland, Nederlandene, Finland, Sverige og Det Forenede Kongerige (den anfægtedes afgørelses punkt 52-55 for så vidt angår det relevante område).
- 14 Appellkammeret anførte i det væsentlige, at et bevis for opnåelsen af fornødent særpræg ved brug krævede, at det godtgjordes, at mindst en betydelig andel af den relevante kundekreds omfattede det pågældende tegn som en angivelse af de omfattede varers eller en tjenesteydelsers handelsmæssige oprindelse. Selv om sagsøgeren ganske rigtig havde godtgjort en handelsmæssig succes, havde selskabet imidlertid ikke godtgjort en forbindelse mellem denne succes eller dets reklameforanstaltninger og den opfattelse, som kundekredsen havde af det anfægtede varemærke.
- 15 I denne forbindelse manglede der tilstrækkeligt direkte beviser (navnlig den anfægtede afgørelses punkt 66-68, 71 og 73-75). Appellkammeret angav nærmere bestemt, at de af sagsøgeren fremlagte beviser med henblik på at vise, at det anfægtede varemærke havde opnået fornødent særpræg ved brug, hovedsageligt var artikler i pressen, hvor et flertal ikke vedrørte det relevante geografiske område, og at det varemærke, der forekom i de engelsksprogede presseklip, som ikke havde nogen dato, rent faktisk svarede til tre figurative gengivelser i farve, der omfattede bestanddelen »bet365«, som sagsøgeren i øvrigt havde registreret, men som ikke svarede til det anfægtede varemærke (den anfægtede afgørelses punkt 56).
- 16 Appellkammeret medgav, at de beviser, som sagsøgeren havde fremlagt, også bestod af TV-reklamer sendt i Danmark, Sverige og Det Forenede Kongerige, radioreklamer spillet i Det Forenede Kongerige, der imidlertid ifølge appellkammeret vedrørte spillet bet365 bingo og ikke det anfægtede varemærke, reklameskilte, der var opsat på sportspladser forskellige steder inden for EU, hvor der afholdes

fodboldkampe, der bliver sendt på TV i Sverige og Det Forenede Kongerige, beviselæmter forbundet med sponsoring af hestevæddeløb – hovedsageligt i Det Forenede Kongerige – og sponsoring af fodboldklubben Stoke City FC samt beløb for investeringer på reklameområdet. I det appelkammeret understregede, at de fremlagte beviser hovedsageligt vedrørte Det Forenede Kongerige og ikke de andre lande inden for det relevante geografiske område, anerkendte det dog, at beviserne var tilstrækkelige og passende for så vidt angik den periode, for hvilken bedømmelsen skulle foretages (den anfægtede afgørelses punkt 57-63 og 66). Appelkammeret medgav ligeledes, at sagsøgeren havde overbevist det om selskabets handelsmæssige succes med mere end 21 mio. kunder i 200 lande, og bl.a. at den markedsandel, som sagsøgerens spillewebsted havde, var imponerende (den anfægtede afgørelses punkt 64).

- 17 Imidlertid satte appelkammeret spørgsmålstegn ved, om sagsøgerens succes godtgjorde, at det anfægtede varemærke havde opnået fornødent særpræg ved brug. Således som intervenienten gjorde gældende, vedrørte de af sagsøgeren fremlagte beviser brugen af bestanddelen »bet365« til at betegne selskabet selv eller til at betegne dets websted, men ikke bestanddelens brug som varemærke med henblik på at identificere de registrerede varer og tjenesteydelser (den anfægtede afgørelses punkt 68, 69, 77 og 79). Appelkammeret påpegede, at de tal for omsætningen, reklameinvesteringer og andre beviser, som sagsøgeren havde fremlagt, ikke var fordelt mellem alle de varer og tjenesteydelser, for hvilke det anfægtede varemærke var blevet registreret, og at det følgelig ikke var muligt at vide, hvilken opfattelse forbrugeren havde af varemærket i forhold til disse forskellige varer og tjenesteydelser. Navnlig var der hverken nogen meningsmåling eller vurdering fra et handelskammer, forbrugerorganisation eller sammenslutning af konkurrenter, der angav nogen oplysninger i denne forbindelse, og de fremlagte beviser drejede sig alene om tjenesteydelser i klasse 41 vedrørende væddemål og hasardspil som sådan (den anfægtede afgørelses punkt 70-76). Appelkammeret tilføjede, at antallet af internetsøgninger på et udtryk ikke kunne være tilstrækkeligt til at godtgøre, at dette havde opnået særpræg, idet en sådan oplysning ikke indeholder nogen angivelse »for så vidt angår de kriterier, der på forhånd er defineret med henblik på at vurdere brugens omfang, og i hvilken grad dette genkendes som et særpræget tegn af den relevante kundekreds« (den anfægtede afgørelses punkt 78). Den anfægtede afgørelses punkt 80 har som konklusion angivet, at »det anfægtede varemærkes velkendthed hos forbrugerne ikke er blevet påvist ved de fremlagte beviser«.

Parternes påstande

- 18 Sagsøgeren har nedlagt følgende påstande:
- Den anfægtede afgørelse annulleres.
 - EUIPO og intervenienten bærer deres egne omkostninger og betaler sagsøgerens omkostninger.
- 19 EUIPO har nedlagt følgende påstande:
- Frifindelse.
 - Sagsøgeren tilpligtes at betale sagsomkostningerne.
- 20 Intervenienten har nedlagt følgende påstande:
- Frifindelse.
 - Sagsøgeren tilpligtes at betale sagsomkostningerne, herunder de af intervenienten afholdte omkostninger ved proceduren.

Retlige bemærkninger

- 21 Sagsøgeren har anført et eneste anbringende om tilsidesættelse af artikel 7, stk. 3, i forordning nr. 207/2009, der støttes af flere argumentationslinjer. For det første vurderede appelkammeret ikke beviserne for brugen af det anfægtede varemærke korrekt, særlig for så vidt angår brugens territoriale udstrækning. For det andet tog appelkammeret ikke behørigt hensyn til de beviser, som var fremlagt af H., som er administrerende direktør for Remote Gambling Association. For det tredje var det med urette, at appelkammeret fandt, at de fremlagte beviser ikke godtgjorde brugen af det anfægtede varemærke eller dets brug som varemærke. For det fjerde og femte var det med urette, at appelkammeret lod det være til skade for sagsøgeren, at der ikke fandtes meningsmålinger og dokumentation fra et handelskammer blandt de af selskabet fremlagte beviser for brug.
- 22 Det skal indledningsvis bemærkes, at sagsøgeren ikke, mens sagen har verseret for Retten, har stillet spørgsmålstegn ved, at det anfægtede varemærke i sig selv er beskrivende og ikke har særpræget karakter i forhold til samtlige de varer eller tjenesteydelser, med hensyn til hvilke der er ansøgt om registrering. Rettens behandling vedrører således udelukkende spørgsmålet, om dette varemærke har opnået fornødent særpræg ved brug.
- 23 Det skal i øvrigt medgives, at sagsøgerens eneste anbringende, selv om det kun udtrykkeligt nævner en tilsidesættelse af artikel 7, stk. 3, i forordning nr. 207/2009, der bl.a. vedrører registrering af varemærker, der i sig selv er beskrivende og ikke har særpræg, men som har opnået fornødent særpræg ved brug på det tidspunkt, hvor de registreres, også omhandler en tilsidesættelse af samme forordnings artikel 52, stk. 2 (nu artikel 59, stk. 2, i forordning nr. 2017/1001), der finder anvendelse på ugyldighedsprocedurer som i den foreliggende sag, i henhold til hvilke et varemærke, som i sig selv er beskrivende og ikke har særpræg, der er blevet registreret i strid med artikel 7 i forordning nr. 207/2009, dog ikke kan erklæres ugyldigt, hvis det som følge af den brug, der er gjort deraf, efter registreringen har fået fornødent særpræg for de varer eller tjenesteydelser, for hvilke det er registreret. Som det nemlig i det væsentlige blev påpeget i dom af 28. september 2016, *European Food mod EUIPO – Société des produits Nestlé (FITNESS)* (T-476/15, under appel, EU:T:2016:568, præmis 64), henviser en ugyldighedssag som følge af absolutte registreringshindringer som fastsat i artikel 52 i forordning nr. 207/2009 direkte til de absolutte registreringshindringer, der er indeholdt i samme forordnings artikel 7, såvel som til undtagelsen om opnåelse af fornødent særpræg ved brug, der mildner disse, idet den eneste eventuelle materielle forskel mellem de to procedurer vedrører, hvornår opnåelsen af et sådant fornødent særpræg skal bedømmes. I denne forbindelse bekræftede Retten i dom af 15. december 2016, *Mondelez UK Holdings & Services mod EUIPO – Société des produits Nestlé (Formen af en plade chokolade)* (T-112/13, ikke trykt i Sml., under appel, EU:T:2016:735, præmis 117), at indehaveren af et varemærke, der anfægtedes, inden for rammerne af en ugyldighedssag som følge af absolutte registreringshindringer enten kunne bevise, at varemærket havde opnået fornødent særpræg ved brug inden registreringen, eller bevise, at det havde opnået fornødent særpræg i tiden mellem dets registrering og tidspunktet for ugyldighedsbegæringen.
- 24 I den foreliggende sag er det, på baggrund af det i præmis 22 og 23 ovenfor anførte, tilstrækkeligt i forbindelse med ugyldighedsproceduren at træffe afgørelse under hensyntagen til den situation, der forelå på datoen for indgivelsen af ugyldighedsbegæringen, dvs. den 19. juni 2013, således som appelkammeret anførte i den anfægtede afgørelses punkt 53.
- 25 Således som det fremgår af fast retspraksis, gælder, at såfremt de absolutte registreringshindringer, som er omhandlet i artikel 7, stk. 1, litra b)-d), i forordning nr. 207/2009 [nu artikel 7, stk. 1, litra b)-d)], i forordning nr. 2017/1001] i henhold til artikel 7, stk. 3, forordning nr. 207/2009, ikke er til hinder for registreringen af et varemærke, hvis varemærket som følge af den brug, der er gjort deraf, har fået fornødent særpræg for de varer og tjenesteydelser, for hvilke det søges registreret, er dette, fordi den omstændighed, at det pågældende varemærke i denne situation faktisk af den relevante kundekreds opfattes som en angivelse af en vares eller en tjenesteydelses handelsmæssige oprindelse, er et resultat af varemærkeansøgerens økonomiske indsats. Denne omstændighed gør det berettiget at se bort fra de

almene interesser, der ligger til grund for artikel 7, stk. 1, litra b)-d), i forordning nr. 207/2009, hvorefter det i mangel af en sådan indsats kræves, at de af disse bestemmelser omhandlede varemærker frit skal kunne anvendes af alle, således at det undgås, at der skabes en uberettiget konkurrencefordel for én erhvervsdrivende (jf. dom af 24.2.2016, Coca-Cola mod KHIM (Formen på en flaske med konturer uden riller), T-411/14, EU:T:2016:94, præmis 66 og den deri nævnte retspraksis). Disse betragtninger gælder ligeledes for så vidt angår et varemærke, der angiveligt er blevet registreret i strid med bestemmelserne i artikel 7, stk. 1, litra b)-d), i forordning nr. 207/2009, men som har opnået fornødent særpræg ved brug efter dets registrering, således som det følger af samme forordnings artikel 52, stk. 2.

- 26 Hvad angår det geografiske område, inden for hvilket der skal føres bevis for det fornødne særpræg opnået ved brug, således at de undtagelser, der er nævnt i artikel 7, stk. 3, og artikel 52, stk. 2, i forordning nr. 207/2009, kommer i spil, skal det bemærkes, at EU-varemærket i henhold til forordningens artikel 1, stk. 2 (nu artikel 1, stk. 2, i forordning nr. 2017/1001), har enhedskaracter, hvilket indebærer, at det har samme retsvirkninger overalt inden for Unionen. Det følger af EU-varemærkets enhedskaracter, at det er en betingelse for registrering, at et tegn har fornødent særpræg i hele Unionen. Det forholder sig følgelig således, at et varemærke i henhold til artikel 7, stk. 2, i forordning nr. 207/2009 (nu artikel 7, stk. 2, i forordning nr. 2017/1001) skal udelukkes fra registrering, hvis det mangler fornødent særpræg i en del af Unionen (dom af 30.3.2000, Ford Motor mod KHIM (OPTIONS), T-91/99, EU:T:2000:95, præmis 23-25). Det er følgelig nødvendigt at fastslå, at der er opnået fornødent særpræg som følge af brug i hele det område, hvor varemærket fra begyndelsen manglede fornødent særpræg, idet dette område i givet fald kan bestå af en enkelt medlemsstat (dom af 22.6.2006, Storck mod KHIM, C-25/05 P, EU:C:2006:422, præmis 83; jf. ligeledes dom af 16.3.2016, Työhönvalmennus Valma mod KHIM (Formen på en legetøjskasse indeholdende træklodser), T-363/15, ikke trykt i Sml., EU:T:2016:149, præmis 35 og den deri nævnte retspraksis). Det er imidlertid blevet fastslået, at det ville gå for vidt at kræve, at beviset for, at et varemærke har fået fornødent særpræg ved brug, skal føres for hver enkelt medlemsstat (dom af 24.5.2012, Chocoladefabriken Lindt & Sprüngli mod KHIM, C-98/11 P, EU:C:2012:307, præmis 62). I denne forbindelse kan ekstrapoleringen af opnåelsen af fornødent særpræg ved brug i bestemte medlemsstater ikke udelukkes, forudsat at objektive og troværdige oplysninger gør det muligt at konkludere, at disse markeder er sammenlignelige for så vidt angår den relevante kundekreds' opfattelse af det omtvistede varemærke (jf. i denne retning dom af 24.2.2016, Formen på en flaske med konturer uden riller, T-411/14, EU:T:2016:94, præmis 80).
- 27 Anerkendelsen af, at varemærket har fået fornødent særpræg ved brug, kræver, at i det mindste en betydelig andel af den relevante kundekreds på grund af varemærket identificerer de omhandlede varer eller tjenesteydelser som hidrørende fra en bestemt virksomhed. De omstændigheder, der skal være til stede, for at betingelsen om, at varemærket har fået fornødent særpræg ved brug, kan anses for opfyldt, kan dog ikke udelukkende godtgøres på grundlag af almindelige og abstrakte oplysninger, såsom bestemte procentsatser. Der skal tages hensyn til faktorer som varemærkets markedsandel, intensiteten, den geografiske udstrækning og varigheden af brugen af dette varemærke, størrelsen af de investeringer, som virksomheden har foretaget for at fremme varemærket, den andel af de relevante kundekredse, der identificerer produktet som hidrørende fra en bestemt virksomhed på grund af varemærket, samt erklæringer fra industri- og handelskamre (jf. dom af 21.4.2010, Schunk mod KHIM (Gengivelse af en del af en centrérpatron), T-7/09, ikke trykt i Sml., EU:T:2010:153, præmis 39 og 41 og den deri nævnte retspraksis, og af 24.2.2016, Formen på en flaske med konturer uden riller, T-411/14, EU:T:2016:94, præmis 69 og 70 og den deri nævnte retspraksis).
- 28 Det skal også bemærkes, at det følger af retspraksis, at et varemærkes fornødne særpræg, herunder det særpræg, der er opnået ved brug heraf, ligeledes skal bedømmes i forhold til de varer eller tjenesteydelser, for hvilke varemærket søges registreret eller er blevet tildelt, og under hensyntagen til den formodede opfattelse af den pågældende vare- eller tjenesteydelseskategori hos en almindeligt oplyst, rimeligt opmærksom og velunderrettet gennemsnitsforbruger (jf. dom af 21.4.2010, Gengivelse

af en del af en centrérpatron, T-7/09, ikke trykt i Sml., EU:T:2010:153, præmis 42 og den deri nævnte retspraksis, samt af 24.2.2016, Formen på en flaske med konturer uden riller, T-411/14, EU:T:2016:94, præmis 71 og den deri nævnte retspraksis).

- 29 Det følger ligeledes af retspraksis, at der ikke kan føres bevis for det fornødne særpræg opnået ved brug ved alene at fremlægge isolerede oplysninger såsom salgstal for de pågældende varer eller tjenesteydelser og reklamemateriale. Tilsvarende er alene den omstændighed, at tegnet er blevet brugt på Unionens område i et stykke tid, heller ikke tilstrækkelig til at godtgøre, at den kundekreds, som de omhandlede varer eller tjenesteydelser er rettet mod, opfatter det som en angivelse af den handelsmæssige oprindelse (jf. i denne retning dom af 12.9.2007, Glaverbel mod KHIM (En glasoverflades struktur), T-141/06, ikke trykt i Sml., EU:T:2007:273, præmis 41 og 42, og af 24.2.2016, Formen på en flaske med konturer uden riller, T-411/14, EU:T:2016:94, præmis 72).
- 30 Bevis for opnåelsen af fornødent særpræg ved brug skal i denne forbindelse foretages i kraft af den »brug, der er gjort af varemærket som varemærke«, dvs. brug af varemærket med henblik på den pågældende branches identifikation af de af varemærket omfattede varer eller tjenesteydelser som hidrørende fra den virksomhed, som bruger det (jf. i denne retning og analogt dom af 7.7.2005, Nestlé, C-353/03, EU:C:2005:432, præmis 26 og 29).
- 31 Det er i lyset af disse principper, at søgsmålets eneste anbringende skal vurderes, efter dog at foretage præciseringer for så vidt angår dels det relevante område, dels de forskellige omhandlede varer og tjenesteydelser.
- 32 I den del af den anfægtede afgørelse, hvor det konstateredes, at det anfægtede varemærke havde beskrivende karakter og i sig selv manglede særpræg, angav appelkammeret, at det med hensyn til betydningen af bestanddelen »bet« på engelsk var godtgjort, at varemærket havde beskrivende karakter og i sig selv manglede særpræg i forhold til de engelsktalende forbrugere i EU, uden nærmere at anføre, hvilke lande der var berørt (punkt 16 og 32). Ikke desto mindre vurderede appelkammeret i den del af den anfægtede afgørelse, der omhandlede bedømmelsen af, hvorvidt det anfægtede varemærke havde opnået fornødent særpræg ved brug, at det pågældende relevante geografiske område, vurderet på tidspunktet for indgivelsen af registreringsansøgningen i 2007, omfattede Danmark, Irland, Nederlandene, Finland, Sverige og Det Forenede Kongerige, hvor der tales engelsk, eller kendskabet til engelsk er meget udbredt (den anfægtede afgørelses punkt 52 og 55). I forbindelse med nærværende sag har EUIPO og intervenienten i deres svarskrifter gjort gældende, at afgrænsningen af det relevante geografiske område skulle have været videre. EUIPO har således gjort gældende, at der burde have været ført bevis for, at det anfægtede varemærke havde opnået fornødent særpræg ved brug i samtlige de medlemsstater, i hvilke den relevante kundekreds i det mindste har et passivt kendskab til engelsk. Intervenienten har for sin del gjort gældende, at de fleste forbrugere i EU i det mindste har et grundlæggende kendskab til engelsk, og at analysen af opnåelsen af fornødent særpræg ved brug følgelig burde have omfattet samtlige medlemsstater.
- 33 I denne henseende skal det bemærkes, at appelkammeret ikke begik en fejl, derved at det i det væsentlige i den dertilhørende del af den anfægtede afgørelse vurderede, at bedømmelsen af, om det anfægtede varemærke havde opnået fornødent særpræg ved brug, skulle begrænses til de medlemsstater alene, hvor en stor del af forbrugerne talte eller forstod engelsk og følgelig var i stand til at forstå betydningen af udtrykket »bet365«. De argumenter, som EUIPO og intervenienten har fremført herom, kan ikke tages til følge, eftersom de ville indebære, at det med urette fandtes, at der ligeledes foreligger en sådan forståelse af dette udtryk hos størstedelen af den relevante kundekreds i lande, hvor forbrugerne ikke i vidt omfang taler eller forstår engelsk.
- 34 Det skal dog ligeledes bemærkes, at appelkammeret i den anfægtede afgørelses punkt 54 påpegede, at der skulle tages hensyn til Republikken Cyperns og Republikken Maltas tiltrædelse af Det Europæiske Fællesskab den 1. maj 2004. Selv om appelkammeret fandt, at engelsk i vid udstrækning blev talt eller forstået i disse to medlemsstater, præciserede det i den anfægtede afgørelses punkt 55, at der ikke var

grundlag for at medtage dem i det relevante geografiske område med henblik på analysen af, om det anfægtede varemærke havde opnået fornødent særpræg ved brug. Appellammeret baserede denne tilgang på artikel 165, stk. 4, litra a), i forordning nr. 207/2009 [nu artikel 209, stk. 4, litra a), i forordning nr. 2017/1001], idet det fandt, at det fulgte af denne bestemmelse, at et EU-varemærke ikke kunne erklæres ugyldigt i henhold til den nævnte forordnings artikel 52, alene på grund af en ny medlemsstats tiltrædelse.

- 35 Der er en retlig fejl i denne gennemgang vedrørende Republikken Cypern og Republikken Malta. Ganske vist følger det nemlig af artikel 165, stk. 1 og 4, i forordning nr. 207/2009 (idet artikel 165, stk. 1, nu er artikel 209, stk. 1, i forordning nr. 2017/1001), at beviset for, at der er opnået fornødent særpræg ved brug, kun skal fremlægges for de stater, som var medlem af Unionen på tidspunktet for indgivelsen af den anfægtede varemærkeansøgning (jf. dom af 23.2.2016, Consolidated Artists mod KHIM – Body Cosmetics International (MANGO), T-761/14, ikke trykt i Sml., EU:T:2016:91, præmis 16 og den deri nævnte retspraksis). Dette følger af, at det i artikel 165, stk. 4, litra a), i forordning nr. 207/2009 anførte princip finder anvendelse på de i den nævnte forordnings artikel 165, stk. 1, omhandlede varemærker, dvs. varemærker, der er registreret eller indgivet i henhold til forordning nr. 207/2009 inden datoen for den eller de pågældende medlemsstaters tiltrædelse. I den foreliggende sag kan dette princip dog ikke finde anvendelse for så vidt angår Republikken Cyperns og Republikken Maltas tiltrædelse, eftersom disse to medlemsstater allerede var medlemmer af Det Europæiske Fællesskab den 23. maj 2007, der var den dato, hvor sagsøgeren ansøgte om registrering af det anfægtede varemærke som EU-varemærke.
- 36 Hvad angår de forskellige af det anfægtede varemærke omfattede varer og tjenesteydelser har sagsøgeren – således som appellammeret har anført i den anfægtede afgørelses punkt 76, uden at dette er blevet bestridt i forbindelse med nærværende sag – ikke fremlagt beviser for, at det anfægtede varemærke har opnået fornødent særpræg ved brug for varer og tjenesteydelser i klasse 9, 28, 35, 36, 38 og 42. Selv om et vist antal af disse varer eller tjenesteydelser har en hvis forbindelse til de væddemåls- og spilletjenester i klasse 41, der er opregnet i registreringen, er det i mangel af ethvert bevis for at godtgøre dette – uanset om det nævnte varemærke er blevet brugt for disse varer eller tjenesteydelser – imidlertid utænkeligt at lade nogen af disse varer eller tjenesteydelser være omfattet af de vurderinger, der foretages nedenfor for så vidt angår de ovennævnte væddemåls- og spilletjenester, i forhold til hvilke der omvendt er blevet fremlagt beviser til støtte for, at dette varemærke har opnået fornødent særpræg ved brug. Under disse omstændigheder lader det allerede til, at den anfægtede afgørelse ikke kan annulleres, for så vidt som den vedrører de varer og tjenesteydelser, der er opregnet i den anfægtede registrering, som henhører under klasse 9, 28, 35, 36, 38 og 42, og Rettens efterfølgende analyse vedrører følgelig alene de væddemåls- og spilletjenester i klasse 41, der er opregnet i registreringen.
- 37 De i præmis 25-30 nævnte principper giver anledning til i første omgang at undersøge, om visse af de af sagsøgeren fremlagte beviser – uafhængigt af, hvilken udstrækning af det relevante geografiske område der skal lægges til grund i den foreliggende sag – kan medvirke til at godtgøre, at det anfægtede varemærke har opnået fornødent særpræg ved brug. I givet fald vil det blive undersøgt, om de af sagsøgeren fremlagte beviser på grundlag af deres indhold er tilstrækkelige til at konkludere, at de eventuelle retlige fejl eller urigtige retlige kvalificeringer, som appellammeret måtte have begået i forhold til disse, på dette punkt undergraver dets konklusion om, at det anfægtede varemærke ikke har opnået fornødent særpræg ved brug.
- 38 Hvad angår det første aspekt foreligger der først og fremmest tvivlsspørgsmål om muligheden for at støtte sig på figurmærker eller varemærker, der består af flere ordbestanddele, som omfatter et ordmærke – i den pågældende situation det anfægtede varemærke – med henblik på at godtgøre, at dette sidstnævnte har opnået fornødent særpræg ved brug. I den anfægtede afgørelses punkt 56 og 57 besvarede appellammeret dette spørgsmål benægtende, idet det anførte, at visse af de af sagsøgeren fremlagte beviser gengav figurtegn og farvetegn, som denne havde registreret, eller varemærket bet365

Bingo og ikke det anfægtede varemærke. Sagsøgeren har kritiseret dette synspunkt inden for rammerne af den tredje ovenfor i præmis 21 anførte argumentationslinje ved at bestride, at brugen af figurative eller »udvidede« former af det anfægtede varemærke ikke udgør brug af dette.

- 39 Appellkammeret ser i forbindelse med dets holdning bort fra, at det – således som sagsøgeren med rette har påpeget, og EUIPO har medgivet i svarskriftet – blev fastslået, at et varemærkes opnåelse af særpræg ved brug ikke nødvendigvis indebærer, at dette har været genstand for en selvstændig brug, men kan følge af brugen heraf som en bestanddel af et andet registreret varemærke eller af brugen heraf sammen med et andet registreret varemærke, idet det i begge tilfælde er forudsat, at den relevante personkreds som følge af denne brug opfatter, at de varer eller tjenesteydelser, som alene det varemærke, der undersøges, betegner, hidrører fra den bestemte virksomhed, som bruger varemærket som en bestanddel af et andet varemærke eller sammen med et andet varemærke (jf. analogt i denne retning dom af 7.7.2005, Nestlé, C-353/03, EU:C:2005:432, præmis 27-32, og af 16.9.2015, Société des Produits Nestlé, C-215/14, EU:C:2015:604, præmis 64 og 66). I nærværende sag indeholder visse af de af sagsøgeren fremlagte beviser ordbestandsdelen »bet365«, som udgør det anfægtede varemærke, der bruges enten alene med forskellige skrifttyper og farver eller som en del af figurative udtryk eller gengivelser såsom »bet 365bingo« og »bet365.com«, eller beviserne indeholder gengivelser, der associerer den nævnte ordbestandsdel med særlige farver, grafik eller figurbestanddele samt med en farvet baggrund, hvilke udgør andre varemærker, som sagsøgeren har registreret (jf. f.eks. de gengivelser, der vises i den anfægtede afgørelses punkt 56). Der er derfor ikke grundlag for at finde, at denne brug af bestanddelen »bet365« i sagens natur er uegnet til at medvirke til at godtgøre, at det anfægtede varemærke har opnået fornødent særpræg ved brug, specielt i betragtning af at sidstnævnte er et ordmærke, med hensyn til hvilket der i bund og grund for alle gengivelser og anvendelser ikke på forhånd kan antages noget, for så vidt som disse sidstnævnte vedrører brug af det anfægtede tegn som varemærke, således som det vil blive efterprøvet. Eksempelvis kan det næppe bestrides, at en varemærkemæssig brug af et figurmærke bestående af bestanddelen »bet365« i farver på en baggrund med en anden farve gør det muligt for kundekredsen – såfremt denne skaber en forbindelse mellem dette figurmærke og sagsøgerens varer eller tjenesteydelser – at skabe samme forbindelse mellem det anfægtede varemærke brugt alene til samme formål på den ene side og de nævnte varer eller tjenesteydelser på den anden side.
- 40 Appellkammeret begik således en retlig fejl, idet det ikke tog hensyn til de beviser, der indeholdt figurmærker eller varemærker bestående af flere ordbestandsdele, der omfattede det anfægtede varemærke, med henblik på at vurdere, om dette sidstnævnte havde opnået fornødent særpræg ved brug.
- 41 Der sættes i øvrigt – ligeledes i betragtning af sagsøgerens tredje argumentationslinje anført i præmis 21 ovenfor – spørgsmålstejn ved de konklusioner, der kan drages af den omstændighed, at sagsøgeren også bruger ordbestandsdelen »bet365« som en del af navnet på sit websted, som kan nås via webadressen »www.bet365.com«, og hvilken rækkevidde der skal tillægges de af sagsøgeren fremlagte beviser, der vedrører anvendelsen af selskabets websted, eller som stammer fra dette. Appellkammeret fastslog særligt i den anfægtede afgørelses punkt 77, at »brugen af det pågældende varemærke som domænenavn [...] ikke udg[lorde] brug, der er gjort af varemærket som varemærke, som identificerer og adskiller indehaverens varer og tjenesteydelser«. Sagsøgeren har indrømmet, at den blotte brug af det anfægtede varemærke som internetdomænenavn ikke ville være tilstrækkeligt til at godtgøre, at der var gjort brug heraf som varemærke, men selskabet har gjort gældende, at det i den foreliggende sag har fremlagt utallige beviser på brug af dets varemærke, der gør det muligt at identificere den handelsmæssige oprindelse af dets væddemåls- og spilletjenester udbudt på internettet.
- 42 I denne forbindelse gælder det i henhold til fast retspraksis, at det ikke er umuligt at gøre brug af den samme bestanddel som varemærke og i forbindelse med en anden brug, eksempelvis for hele eller en del af navnet på et websted. Imidlertid har et tegn, der også har andre funktioner end som varemærke, kun fornødent særpræg i den i artikel 7 eller artikel 52, stk. 2, i forordning nr. 207/2009

anvendte betydning, hvis det uden videre af den relevante kundekreds kan opfattes som en oplysning om den handelsmæssige oprindelse af de pågældende varer eller tjenesteydelser, således at denne uden risiko for forveksling kan adskille varemærkeindehaverens varer eller tjenesteydelser fra dem, der har en anden handelsmæssig oprindelse (dom af 5.12.2002, Sykes Enterprises mod KHIM (REAL PEOPLE, REAL SOLUTIONS), T-130/01, EU:T:2002:301, præmis 20, og af 21.11.2012, Getty Images mod KHIM (PHOTOS.COM), T-338/11, ikke trykt i Sml., EU:T:2012:614, præmis 58). Det skal også bemærkes, at spørgsmålet om, hvorvidt et tegn har det fornødne særpræg, kun kan bedømmes i forhold til de varer eller tjenesteydelser, for hvilke det søges registreret eller er blevet tildelt, og under hensyn til, hvorledes det opfattes af den relevante kundekreds (dom af 5.12.2002, REAL PEOPLE, REAL SOLUTIONS, T-130/01, EU:T:2002:301, præmis 21). Disse bemærkninger gælder tilsvarende såvel i forhold til fornødent særpræg i sig selv som for fornødent særpræg opnået ved brug, hvor enten det ene eller det andet kræves for, at et varemærke gyldigt kan registreres.

- 43 I den foreliggende sag begik appelkammeret en retlig fejl, idet det i den anfægtede afgørelses punkt 77 udelukkede, at brugen af det anfægtede varemærke som internetdomænenavn kunne udgøre brug, der var gjort af varemærket »som varemærke«. Alting afhænger nemlig af de dokumenter og oplysninger, der fremlægges herom, og hvad disse kan bibringe bedømmelsen af, hvilken opfattelse den relevante kundekreds har, når denne ser eller bruger bestanddelene »bet365« eller »bet365.com« i forbindelse med anvendelse af internettet.
- 44 Det skal i denne forbindelse for det første tages i betragtning, at sagsøgeren er den eneste, der bruger bestanddelen »bet365« til markedsføring af hasardspil og væddemål, for det andet – således som sagsøgeren bekræftede under retsmødet, uden at det blev anfægtet – at denne bestanddel genfindes i alle de varemærker, som selskabet generelt bruger til at identificere sine tjenesteydelser, for det tredje at sagsøgerens websted er selskabets vigtigste salgskanal for hasardspil og væddemål, for det fjerde at de fleste af de varemærker, der bruges af online-operatørerne – ligesom det anfægtede varemærke – i sig selv er beskrivende, og for det femte at det er velkendt, at væddemålsdeltagere og spillere i langt de fleste tilfælde er faste kunder. Det er således rimeligt at antage, at en kunde – med undtagelse af visse uerfarne spillere eller væddemålsdeltagere, der gør deres første erfaringer – der opretter forbindelse til sagsøgerens websted på webadressen »www.bet365.com«, ikke gør dette ved en tilfældighed og bruger det anfægtede varemærke eller dets afledte varemærker som en identifikation for de af sagsøgeren udbudte tjenesteydelser, over for de af dennes konkurrenter udbudte tjenesteydelser, på samme måde som en kunde, der kommer ind i en butik med udhængningsskilte svarende til varemærket for de varer eller tjenesteydelser, som denne søger, og som sælges dér.
- 45 Situationen er ikke analog med de tilfælde, der blev behandlet i de sager, der gav anledning til dom af 13. maj 2009, Schuhpark Fascies mod KHIM – Leder & Schuh (jello SCHUHPARK) (T-183/08, ikke trykt i Sml., EU:T:2009:156), og af 18.1.2011, Advance Magazine Publishers mod KHIM – Capela & Irmãos (VOGUE) (T-382/08, ikke trykt i Sml., EU:T:2011:9), som EUIPO påberåbte sig under retsmødet, i forbindelse med hvilke anbringelsen af udhængningsskilte svarende til de i sagerne omhandlede varemærker på forretningers udstillingsvinduer ikke viste, at disse varemærker også udgjorde varemærkerne på de varer, der solgtes i butikkerne – i den foreliggende situation sko – for hvilke der var nedlagt påstand om, at disse varemærker havde opnået fornødent særpræg ved brug.
- 46 I forbindelse med den foreliggende sag og dens omstændigheder er oplysninger såsom antallet af besøgende på sagsøgerens websted, hvordan webstedet er placeret med hensyn til besøgstal i forskellige lande, eller det antal gange, det anfægtede varemærke eller dets afledte varemærker har været genstand for en søgning på søgemaskiner på internettet, således oplysninger, der kan medvirke til at godtgøre, at det anfægtede varemærke har opnået fornødent særpræg ved brug. Det samme kan gælde for uddrag fra sagsøgerens internetsider eller andre websteder affattet på andre sprog, hvor det anfægtede varemærke eller dets afledte varemærker forekommer, for så vidt som omfanget af de fremlagte beviser kan tjene som en illustration af, at der er gjort betydelig brug af det anfægtede varemærke som varemærke.

- 47 I forhold til de sager vedrørende websteder, der gav anledning til de domme, som EUIPO har omtalt i svarskriftet (dom af 21.6.2012, Fruit of the Loom mod KHIM – Blueshore Management (FRUIT), T-514/10, ikke trykt i Sml., EU:T:2012:316, præmis 59-67, af 21.11.2012, PHOTOS.COM, T-338/11, ikke trykt i Sml., EU:T:2012:614, præmis 48-61, og af 19.11.2014, Out of the blue mod KHIM – Dubois m.fl. (FUNNY BANDS), T-344/13, ikke trykt i Sml., EU:T:2014:974, præmis 26-31), skal det derudover påpeges, at de beviser, som indehaverne af de pågældende varemærker eller rettigheder fremlagde – eller konteksten og de faktiske omstændigheder – var meget forskellige fra de faktiske omstændigheder i den foreliggende sag. I den første af disse sager, der omhandlede en sag om fortabelse af EU-varemærket FRUIT, rådede indehaveren af dette varemærke nemlig ganske vist over et websted på webadressen »www.fruit.com«, men denne havde ikke været i stand til at fremlægge noget bevis for den reelle brug af varemærket, herunder ud fra oplysninger givet på dette websted, som henviste til et andet varemærke. Webstedet havde således ikke nogen kommerciel – eller blot reklamemæssig – funktion i forhold til de varer, der var omfattet af det omhandlede varemærke. I den anden af disse sager, der vedrørte en afvisning af registrering af EU-varemærket PHOTOS.COM, selv om ansøgeren markedsførte fotografier ved hjælp af webstedet »www.photo.com«, fandt appelkammeret og Retten, at de af den nævnte ansøger fremlagte beviser med henblik på at godtgøre, at det pågældende varemærke havde opnået fornødent særpræg ved brug, i sig selv var utilstrækkelige eller irrelevante i geografisk, kvantitativ eller tidsmæssig henseende eller var uegnede til at påvise en forbindelse mellem påberåbelsen af dette websted og angivelsen af den handelsmæssige oprindelse på de fotografier, der blev udbudt og i givet fald solgt her. Retten bemærkede imidlertid, at registrering af et varemærke, der var sammensat af tegn eller ord, der i øvrigt blev brugt til at betegne et domænenavn, ikke var udelukket. Endelig forsøgte indsigeren, i den tredje af sagerne, der omhandlede en sag om indsigelse mod registrering af EU-varemærket FUNNY BANDS på grund af tilstedeværelsen af en ældre, identisk handelsbetegnelse, som ikke var registreret og indgik i internetdomænenavnet »www.funny-bands.com«, at føre bevis for brug af den nævnte betegnelse, som ikke kun havde lokal betydning. Hvad angår webstedet med den tilsvarende webadresse godtgjorde indsigeren imidlertid udelukkende, at det eksisterede, og tilvejebragte nogle illustrationer af dets indhold, men intet bevis gjorde det muligt at vurdere, hvor megen kommerciel brug der blev gjort af det. I denne forbindelse bemærkede Retten, at sidstnævnte brug bl.a. kunne påvises ved hjælp af et bestemt antal besøg på webstedet, e-mails modtaget via webstedet eller den omsætning, der var skabt.
- 48 Således medførte den retlige fejl, som appelkammeret begik for så vidt angår brugen af det anfægtede varemærke som internetdomænenavn, at det med urette så bort fra de beviser, der vedrørte brugen af sagsøgerens websted, eller som stammede fra dette.
- 49 I betragtning af sagsøgerens tredje argumentationslinje anført i præmis 21 ovenfor giver den omstændighed, at sagsøgeren valgte bestanddelen »bet365«, der svarer til det anfægtede varemærke, som selskabsnavn anledning til tvivlsspørgsmål. Ifølge appelkammeret viser de af sagsøgeren fremlagte uddrag fra pressen alene, at der er gjort brug af denne bestanddel som selskabsnavn, men ikke som varemærke, således som det blev anført i den anfægtede afgørelses punkt 79. Sagsøgeren har gjort gældende, at de personer, der bruger selskabets væddemåls- og spilletjenester, således som annullationsafdelingen vurderede, når de står over for det anfægtede varemærke, ikke er tvivl om den kendsgerning, at det angiver den handelsmæssige oprindelse af de tjenesteydelser, som det udbyder til dem, og ikke at det blot henviser til sagsøgeren som selskab.
- 50 I denne henseende gælder de samme principper som de i præmis 42 ovenfor nævnte vedrørende den samtidige brug af samme bestanddel som varemærke og i forbindelse med en anden anvendelse.
- 51 I den pågældende situation kan generelle oplysninger af bl.a. økonomisk karakter om sagsøgeren i den finansielle presse eller mere personlige oplysninger om dette selskabs ledelse vanskeligt tjene som en illustration af, at der er gjort brug af det anfægtede varemærke, selv om disse i givet fald kan give indirekte oplysninger om sidstnævntes succes og afledte varemærker, eftersom alle de varemærker, som sagsøgeren generelt bruger til at identificere sine tjenesteydelser, anvender bestanddelen »bet365«, som det allerede er fastslået i præmis 44 ovenfor. Til gengæld tjener eksistensen af denne

bestanddel, der afbildes i de sagsakter, som blev fremlagt appelkammeret, i sportspressen eller i fagpressen inden for spil og væddemål, eksempelvis i forbindelse med odds, en sammenligning mellem de tjenesteydelser, der udbydes af forskellige tjenesteudbydere eller inden for rammerne af sponsorering af sportsbegivenheder, der udgør væddemålsgrundlaget, som en klar illustration af varemærkets brug som varemærke med henblik på at angive de udbudte eller nævnte tjenesteydelsers oprindelse, at adskille dem fra sagsøgerens konkurrenters tjenesteydelser og i givet fald promovere dem.

- 52 Appellkammeret begik således en fejl ved den retlige kvalifikation af de i sagen foreliggende omstændigheder, idet det i den anfægtede afgørelses punkt 79 udelukkede, at de af sagsøgeren fremlagte uddrag fra pressen, i det mindste for nogle af disses vedkommende, kunne tjene som en illustration af, at der var gjort brug af det anfægtede varemærke som varemærke.
- 53 I betragtning af sagsøgerens første ovenfor i præmis 21 anførte argumentationslinje skal der ligeledes foretages en prøvelse af bedømmelsen i den anfægtede afgørelses punkt 70-73, som sagsøgeren har anfægtet, hvorved appelkammeret stillede spørgsmålstegn ved relevansen af de omsætningstal og den pulje af indsatser eller de reklameinvesteringer, som sagsøgeren påberåbte sig som beviser, der kunne medvirke til at godtgøre, at det anfægtede varemærke har opnået fornødent særpræg ved brug, med den begrundelse, at de ikke henviste til bestemte varer eller tjenesteydelser, selv om registreringen af det anfægtede varemærke blev bevilliget for en hel række varer og tjenesteydelser, der ikke begrænsede sig til hasardspil og væddemål i streng forstand.
- 54 Denne generelle bedømmelse fra appelkammeret er i princippet ikke kritisabel. I betragtning af den omstændighed, at det anfægtede varemærke og dets afledte varemærker er de eneste, som sagsøgeren bruger som varemærker til generelt at identificere selskabets hasardspil og væddemål – som det blev konstateret i præmis 44 ovenfor – skal de fremlagte beløb, såfremt de med rimelighed i det væsentlige kan henføres til hasardspil eller væddemål, derfor for disse tjenesteydelsers vedkommende imidlertid tages i betragtning. Eksempelvis vedrører den pulje af indsatser, de reklameinvesteringer – bl.a. dem vedrørende sponsorering – eller de beløb, der udbetales til de affilierede websteder, der videresender væddemålsdeltagere og spillere til sagsøgerens websted, fuldstændigt eller i det væsentlige hasardspil eller væddemål, der udbydes af sagsøgeren under det anfægtede varemærke eller dets afledte varemærker. Følgelig kan de pågældende oplysninger for disse tjenesteydelsers vedkommende bidrage til at godtgøre, at det anfægtede varemærke har opnået fornødent særpræg ved brug.
- 55 Appellkammeret begik følgelig også en fejl ved den retlige kvalifikation af de i sagen foreliggende omstændigheder, idet det udelukkede disse oplysninger fra dets vurdering.
- 56 Idet disse principielle spørgsmål er blevet drøftet, skal der for det andet foretages en prøvelse af den kritik, som sagsøgeren har fremført mod den anfægtede afgørelse, under hensyntagen til de konkrete beviser, som selskabet fremlagde for appelkammeret.
- 57 Sagsøgeren har inden for rammerne af den første argumentationslinje anført i præmis 21 ovenfor gjort gældende, at appelkammeret ikke i tilstrækkelig grad tog hensyn til de uddrag fra pressen, der handlede om brugen af det anfægtede varemærke i flere lande i det relevante geografiske område og ikke kun i Det Forenede Kongerige.
- 58 Bilag JC 16, som sagsøgeren fremlagde for EUIPO, indeholder talrige uddrag fra pressen fra juli 2001 til maj 2007, der omtaler odds eller kommentarer fra journalister eller bookmakers, i hvilke sagsøgeren identificeres under navnet »bet365« eller i givet fald under navnet »bet365.com«. I disse artikler berettes der ligeledes om sponsorerede sportsbegivenheder under et navn, der indeholder bestanddelen »bet365«. Sådanne forekomster af denne bestanddel tjener til at illustrere, at der er gjort brug heraf som varemærke, eftersom beretninger af denne slags gør det muligt at identificere, hvilken operatør der udbyder hvilke odds eller har fremsat en bestemt kommentar om en bestemt konkurrent i en bestemt sportsbegivenhed, som udgør væddemålsgrundlaget (f.eks. dok. 4, 209 eller 248 af 431

vedrørende eksempler på den engelske presse eller dok. 2, 4, 33 eller 115 af 163 vedrørende eksempler på den irske presse). Selv om andre i dette bilag indeholdte uddrag fra pressen ganske vist henviser til brugen af bestanddelen »bet365« »som selskabsnavn«, er disse overordnet set i mindretal (f.eks. dok. 6 af 431 vedrørende eksempler på den engelske presse, der angav en rangliste af millionærer, blandt hvilke ejerne af sagsøgeren befandt sig, eller dok. 76 og 77 af 431 vedrørende eksempler på den engelske presse, der indeholdt oplysninger og kommentarer om forskellige selskaber).

- 59 Bilag JC 17, som sagsøgeren fremlagde for EUIPO, indeholder uddrag fra pressen, der dækker perioden fra januar 2007 til november 2013. Selv om dette bilag blandt uddragene fra den engelske presse omfatter talrige dokumenter, der viser brugen af bestanddelen »bet365« som selskabsnavn (f.eks. dok. 13, 31, 46, 68, 105 og 156 af 231), indeholder det blandt disse uddrag et meget stort antal dokumenter, der omtaler sportsbegivenheder under et navn, der indeholder bestanddelen »bet365«, bl.a. hestevæddeløb, dokumenter, der beretter om sagsøgerens odds (f.eks. dok. 120-125, 157, 179-185 og 204 af 231) og mindst én artikel, der omtaler applikationen »bet365«, der gør det muligt at spille og indgå væddemål på en mobiltelefon (dok. 14 af 231). De 231 andre uddrag fra pressen i bilag JC 17, der stammer fra den irske presse, indeholder især dokumenter, der henviser til sportsbegivenheder under et navn, der indeholder bestanddelen »bet365«, men også dokumenter, der beretter om sagsøgerens odds, også medfulgt af nogle kommentarer fra sagsøgeren i sin egenskab af bookmaker (f.eks. dok. 43 og 68 af 231).
- 60 Bilag JC 16 og JC 17 giver følgelig talrige beviser på brugen af bestanddelen »bet365« som varemærke i forhold til den relevante kundekreds i Irland og Det Forenede Kongerige fra juli 2001 til november 2013.
- 61 Bilag JC 18 (a) til JC 18 (g), som sagsøgeren fremlagde for EUIPO, indeholder uddrag fra pressen, der stammer fra nyhedsmedierne på internettet eller den klassiske presse i syv medlemsstater. Disse dokumenter indeholder en udateret sammenligning af kvaliteten af tjenesteydelserne hos syv spiludbydere. Sagsøgeren betegnes med det anfægtede varemærke og med én af selskabets figurative gengivelser. I de mellem 2007 og 2013 offentliggjorte artikler forekommer der også en udateret artikel om fodbold, der angiver de odds, som sagsøgeren tilbyder under navnet bet365, eller som indeholder reklamer for det anfægtede varemærke eller webstedet bet365.com. Navnlige indeholder bilag JC 18 (c) nogle uddrag fra sportspressen, der stammer fra den svenske presse, der er offentliggjort fra 2008-2012, hvori der er kommentarer fra sagsøgeren, der her identificeres under navnet »bet365«, såvel som de odds, som selskabet tilbød. Det nævnte bilag omfatter også en artikel om en reklamekampagne, som sagsøgeren gennemførte i 2013.
- 62 Bilag JC 18 (a) til JC 18 (g) giver således talrige beviser for, at der er gjort brug af det anfægtede varemærke som varemærke bl.a. i Sverige, som medvirker til at godtgøre, at det anfægtede varemærke har opnået fornødent særpræg ved brug.
- 63 I modsætning til, hvad EUIPO har fremført under retsmødet, tilkommer det appelkammeret på en tilstrækkelig fyldestgørende måde at undersøge disse bilag – i det mindste dem, der vedrører de lande, der svarer til det relevante geografiske område, som det lagde til grund. Sagsøgeren nøjedes ikke bare med for EUIPO at fremlægge hundredevis af uddrag fra pressen uden nogen form for kommentar, idet punkt 11 i erklæringen fra C nemlig ikke alene angiver, hvor disse kommer fra, men også, at de er en illustration af den brug, der er gjort af det anfægtede varemærke som varemærke, og i givet fald præciserer, at visse var oversat til engelsk. I øvrigt fastslår artikel 76, stk. 1, i forordning nr. 207/2009 (nu artikel 95, stk. 1, i forordning nr. 2017/1001), at EUIPO under sagsbehandlingen foretager en prøvelse ex officio af de faktiske omstændigheder. Undtagelsen til denne regel vedrørende sagsbehandlingen i forbindelse med relative registreringshindringer finder ikke anvendelse i den foreliggende sag, eftersom intervenienten har indledt en ugyldighedssag mod det anfægtede varemærke på grundlag af en absolut ugyldighedsgrund og ikke på grundlag af en relativ ugyldighedsgrund. Såfremt appelkammeret mente, at identifikationen af, hvilke af sagsøgerens beviser der var relevante, var for vanskelig i betragtning af de fremlagte bilags omfang, kunne dette i det

mindste i henhold til de foranstaltninger med henblik på bevisoptagelsen, der er fastsat i artikel 78, stk. 1, i forordning nr. 207/2009 (nu artikel 97, stk. 1, i forordning nr. 2017/1001), have bedt sagsøgeren om at identificere disse mere præcist.

- 64 Sagsøgeren har i øvrigt – stadig inden for rammerne af den første argumentationslinje som anført i præmis 21 ovenfor – fremlagt forskellige beviser vedrørende brugen af dennes websted med henblik på at godtgøre, at det anfægtede varemærke har opnået fornødent særpræg ved brug i forskellige lande.
- 65 Sagsøgeren har for det første fremført, at selskabets websted, der udbyder hasardspil og væddemål, fungerer på talrige sprog. Som det følger af bilag JC 4, som sagsøgeren fremlagde for EUIPO, har selskabets websted nemlig eksisteret siden 2006, bl.a. på engelsk, dansk og svensk. Disse elementer udgør indicier til støtte for, at sagsøgeren råder over en betydelig kundekreds i mindst ét land, hvor disse sprog tales, eftersom oprettelsen og den daglige vedligeholdelse af et interaktivt websted på ét sprog medfører udgifter, der ellers ikke ville kunne retfærdiggøres.
- 66 Sagsøgeren har også fremhævet den placering, som selskabets websted indtager med hensyn til antallet af besøgende i forskellige lande, således som det følger af bilag JC 5, som selskabet fremlagde for EUIPO. I denne henseende må det konstateres, at en høj placering for så vidt angår antallet af besøgende kan medvirke til at godtgøre, at det anfægtede varemærke, der indgår i navnet på sagsøgerens websted, har opnået fornødent særpræg ved brug i de pågældende lande, eftersom den omstændighed, at der oprettes forbindelse til en spiludbyders websted – med undtagelse af væddemålsdeltagere og spillere, der gør deres første erfaringer, som allerede anført i præmis 44 ovenfor – ikke sker ved en tilfældighed, men afspejler et ønske om netop at se denne udbyders tilbud og eventuelt lægge en indsats. I den pågældende situation udgør plads nr. 33 og nr. 74 i henholdsvis Sverige og Det Forenede Kongerige, således som det følger af bilag JC 5, følgende indicier, der peger i retning af, at det anfægtede varemærke her har fornødent særpræg opnået ved brug.
- 67 Sådanne indicier kan også udledes af oplysningerne om nye abonnenter på sagsøgerens hjemmeside, som disse fremgår af bilag JC 6 (b), som sagsøgeren fremlagde for appelkammeret. Hver sæson siden 2008/2009-sæsonen har flere hundredtusinder nye spillere og væddemålsdeltagere i Det Forenede Kongerige indskrevet sig på webstedet (735 122 for 2012/2013-sæsonen). De tilsvarende tal for Danmark er på titusinder (85 183 nye indskrivninger for 2012/2013-sæsonen). Tallene for resten af EU (bortset fra Spanien, hvor oplysningerne også er blevet individualiseret) gælder for hele dette geografiske område og udgør flere hundredtusinde nye spillere og væddemålsdeltagere (901 835 nye indskrivninger for 2012/2013-sæsonen). Med bilag JC 6 (a), som sagsøgeren fremlagde for EUIPO, blev der givet data, som var ældre (2006/2007-sæsonen), men som gjorde det muligt at have data pr. land for »resten af EU«, nemlig 7 062 nye abonnenter for Finland, 8 291 for Irland, 462 for Nederlandene og 59 322 for Sverige. Disse oplysninger vedrører således nye spillere og væddemålsdeltagere, der i løbet af en sæson har indskrevet sig på sagsøgerens websted, og selv om det kan tænkes, at visse ved en ren tilfældighed indskriver sig på dette spillewebsted snarere end et andet, kan det også med rimelighed lægges til grund, at de fleste ikke gør dette tilfældigt, men gør det enten på grundlag af anbefalinger fra andre spillere og væddemålsdeltagere eller efter at have undersøgt tilbuddet og i givet fald sammenlignet det med andre, eller fordi de netop har ønsket at være indskrevet på flere websteder fra forskellige udbydere for at kunne råde over deres indsatser i takt med det, de mener er det tilbud, der giver de største gevinstchancer for en indsats. I disse sidste tilfælde, der er mere sandsynlige, udgør indskrivning på sagsøgerens websted på webadressen »www.bet365.com« en illustration af, at der er blevet gjort brug af det anfægtede varemærke eller dets afledte varemærker som varemærker, fordi de netop gør det muligt at identificere oprindelsen af de tjenesteydelser, som den nævnte indskrivning ville gøre det muligt at anvende.
- 68 I tråd hermed er det ligeledes med rette, at sagsøgeren har påberåbt sig bestemte beviser, som selskabet har fremlagt, vedrørende samarbejdsprogrammet med tredjepartsider, der tilsigter at anspore de internetbrugere, der anvender disse websteder, til at lade sig omdirigere til sagsøgerens. I det omfang

den tredjeparts side, der har gjort omdirigering mulig – efterfulgt af en internetbrugers oprettelse af abonnement og første indbetaling med henblik på at lægge en indsats hos sagsøgeren – modtager provision fra sidstnævnte, kan beløbene og disse provisioners fordeling på lande give en indikation af brugen af det anfægtede varemærke. Når en internetbruger, der surfer på en tredjeparts side, nemlig tiltrækkes af det anfægtede varemærke eller dets afledte varemærker ledsaget af salgsfremmende elementer, således at denne herefter opretter et abonnement hos sagsøgeren ved hjælp af selskabets websted, og derefter foretager sin første indbetaling, er dette netop fordi det anfægtede varemærke spiller sin rolle som varemærke, der identificerer et tilbud om bestemte tjenesteydelser, som internetbrugeren agter at følge op på. I denne forbindelse angiver bilag JC 30, som sagsøgeren fremlagde for EUIPO, at der hver sæson siden 2007/2008-sæsonen er blevet udbetalt flere millioner britiske pund til disse affilierede websider. Det tilsvarende beløb for Danmark overstiger 1 mio. GBP for 2012/2013-sæsonen. Beløbene for resten af EU (undtagen Spanien) gælder for hele dette geografiske område og ligger på et tocifret antal millioner britiske pund siden 2010/2011-sæsonen. I det mindste for så vidt angår de individuelle lande giver disse beløb en klar indikation af, at det anfægtede varemærke eller dets afledte varemærker bruges til markedsføring af sagsøgerens hasardspil og væddemål.

- 69 Til gengæld giver antallet af omdirigeringer fra tredjeparts sider til sagsøgerens websted alene ikke et pålideligt billede af den brug, der er gjort af det anfægtede varemærke med henblik på at identificere sagsøgerens tjenesteydelser, eftersom det på dette handlingsstadium hos internetbrugeren i betragtning af det anfægtede varemærkes beskrivende karakter er meget muligt, at der for dennes del er tale om en tilfældig forbindelse, der oprettes, før denne kender til det udbudte tilbuds nærmere indhold.
- 70 Sagsøgeren har ligeledes støttet sig på beløbene for den pulje af indsatser, der er samlet, som disse fremgår af bilag JC 10 (a), som selskabet fremlagde for EUIPO. I denne forbindelse fremgår der af dette bilag bl.a. for 2012/2013-sæsonen beløb på flere milliarder britiske pund for Det Forenede Kongerige, hundreder af millioner britiske pund for Danmark og flere milliarder britiske pund for resten af EU (undtagen Spanien). I det mindste for så vidt angår de individuelle lande giver disse beløb en klar indikation af, at det anfægtede varemærke eller dets afledte varemærker bruges til markedsføring af sagsøgerens hasardspil og væddemål, eftersom det er nødvendigt for en spiller eller væddemålsdeltager at anvende bestanddelen »bet365« for at gøre sine indsatser.
- 71 Hvad angår de reklameudgifter, som sagsøgeren har afholdt, således som de fremgår af bilag JC 19, som selskabet fremlagde for EUIPO, kan der drages de samme konklusioner som dem vedrørende beløbene for puljen af indsatser (jf. præmis 70 ovenfor). Oplysningerne vedrører de forskellige sæsoner siden 2006/2007-sæsonen og drejer sig om flere millioner britiske pund eller sågar et tocifret antal millioner britiske pund i reklameudgifter hver sæson såvel i Danmark som i Det Forenede Kongerige. De reklameudgifter, der er afholdt i resten af EU (undtagen Spanien), når også op på flere millioner britiske pund pr. sæson, men er ikke individualiseret for hvert land. I det mindste for så vidt angår de individuelle lande giver disse beløb en klar indikation af, at det anfægtede varemærke eller dets afledte varemærker bruges til at fremme markedsføringen af sagsøgerens hasardspil og væddemål, eftersom disse varemærker er de eneste, som selskabet bruger til generelt at identificere dets hasardspil og væddemål. Andre beviser, som sagsøgeren fremlagde for appelkammeret, vedrørende de reklamer, der bruger det anfægtede varemærke og dets afledte varemærker, kan udgøre indicier, der peger i retning af, at det anfægtede varemærke har opnået fornødent særpræg ved brug – navnlig uden for Det Forenede Kongerige. Således angiver bilag JC 20 (a) til JC 20 (e), som sagsøgeren fremlagde for EUIPO, talrige kopier af reklamer for sportsvæddemål lavet på de omhandlede landes sprog, der udkom mellem 2007 og 2013, bl.a. i den engelske, danske og svenske trykte presse. Bilag JC 21 (a), som sagsøgeren fremlagde for EUIPO, indeholder eksempler på tv-reklamefilm, der angiveligt er blevet vist på engelsk eller på det pågældende lands sprog i Danmark, Sverige og Det Forenede Kongerige. Erklæringen fra C. (punkt 14.1-14.22) omfatter fotografier af fjernsynsreklamer, der blev sendt i Danmark, Sverige og Det Forenede Kongerige, og den DVD, der følger med sagsøgerens bemærkninger for appelkammeret, indeholder liveoptagelser af selskabets TV-reklamer, hvori flere berømte kunstnere optræder. Bilag JC 21 (b), som sagsøgeren fremlagde for EUIPO, indeholder nogle

reklamespots på engelsk umiddelbart med henblik på afspilning i radioen i Det Forenede Kongerige. Bilag JC 25, som sagsøgeren fremlagde for EUIPO, omfatter eksempler på korte TV-reklamebudskaber udsendt fra 2009-2014 i Danmark, Sverige og Det Forenede Kongerige.

- 72 Til gengæld giver erklæringen fra C (punkt 17 ff.), som skal sammenholdes med bilag JC 23, som sagsøgeren fremlagde for EUIPO, hvoraf det ifølge sidstnævnte kan udledes, at den reklamering, der bliver gjort på fodboldbaner, bliver set over hele EU i fjernsynet, i virkeligheden ikke tilstrækkeligt præcise oplysninger vedrørende udsendelsen af disse reklamer i forskellige lande i EU – i modsætning til hvad appelkammeret lader til at have fundet i den anfægtede afgørelses punkt 58. Der angives nemlig kun det overordnede omfang af sendetider for hele EU, hvilket umuliggør nogen form for differentiering fra land til land. Tilsvarende gælder for de beviser, som sagsøgeren fremlagde for EUIPO med henblik på at give en illustration af den reklamemæssige brug af det anfægtede varemærke eller dets afledte varemærker, der er gjort i kraft af fodboldklubben Stoke City FC's aktiviteter – nærmere bestemt de i bilag JC 29 indeholdte fotografier. Selv om det er sandsynligt, at fodboldkampene i »Premier League«, som denne klub deltager i, kan ses på en TV-kanal i alle EU-landene, giver disse fotografier af spillere, fodboldbaner eller tilbehør ikke nogen oplysninger om den reelle udbredelse af denne reklame i forskellige EU-lande. De artikler i pressen, der er indeholdt i bilag JC 29 (b), som sagsøgeren fremlagde for EUIPO, der stammer fra aviser i Irland og Det Forenede Kongerige, giver heller ikke nogen oplysninger i denne henseende.
- 73 Sagsøgeren har også inden for rammerne af den anden argumentationslinje anført i præmis 21 ovenfor fremlagt visse elementer fra H.'s erklæring og bilag CH 1 til denne erklæring. Disse elementer er dog meget lig med dem, der allerede er fremlagt i erklæringen fra C. og i dennes bilag. H. har eksempelvis bekræftet sagsøgerens reklameindsats i Danmark, Sverige og Det Forenede Kongerige. Et sådant bidrag fra en person, der er udenforstående i forhold til sagsøgeren, kan rigtig nok styrke troværdigheden af de erklæringer og beviser, som sidstnævnte har fremlagt, men ændrer ikke ved den realitetsbedømmelse, der kan foretages af disse, ud fra den antagelse, at de er retvisende. Således har de fremlagte beviser vedrørende sponsoreringen af fodboldklubben Stoke City FC – selv bekræftet af H. – som forklaret i præmis 72 ovenfor en begrænset bevisværdi i forbindelse med at medvirke til at godtgøre, at det anfægtede varemærke har opnået fornødent særpræg ved brug i hele det pågældende geografiske område. De fremlagte beviser vedrørende sagsøgerens succes, som H. har understreget, kan allerhøjest indirekte bekræfte en handelsmæssig succes for varemærket af samme navn og dets afledte varemærker, som alene bruges af sagsøgeren til generelt at identificere sine spille- og væddemålstjenester, uden virkeligt at kunne medvirke til samme bevisførelse i betragtning af disses meget generelle karakter.
- 74 I øvrigt skal det noteres, at visse af de i de foregående præmisser omtalte beviser ganske vist ikke i sig selv indeholder alle de oplysninger, der umiddelbart gør det muligt at anse dem for uomtvistelige. Eksempelvis foreligger de kopier af reklamer beregnet til den trykte presse i Danmark eller Sverige, der hidrører fra bilag JC 20, ikke i form af kopier af sider fra de aviser, hvori de er blevet offentliggjort – således som C i øvrigt har anført i sin erklæring (punkt 13.7) – idet denne angiver, der kan være tale om prøvetryk. Tilsvarende stammer mange af de oplysninger, som sagsøgeren har fremlagt – bl.a. puljen af indsatser eller reklameudgifterne – fra rent interne kilder. Ikke desto mindre er de beviser, der kommer udefra i forhold til sagsøgeren, eller som er vanskelige at tilbagevise, talrige: eksempelvis de omfattende uddrag fra den svenske presse, den komparative undersøgelse af brugen af websiderne i forskellige lande, der placerer sagsøgerens websted på nr. 33 i Sverige og nr. 74 i Det Forenede Kongerige, den omstændighed, at sagsøgerens websted findes på engelsk, dansk og svensk, fotografier og liveoptagelser af TV-reklamer udsendt i Danmark, Sverige og Det Forenede Kongerige, hvori flere berømte kunstnere optræder (til illustration heraf punkt 14.1-14.22 i erklæringen fra C. og fra den DVD, der er vedlagt de bemærkninger, sagsøgeren fremsatte for appelkammeret), de meget talrige uddrag fra pressen, der – ligesom uddragene fra Sunday Times' klassement, der er vedlagt som bilag CH 1 til H.'s erklæring – beretter om sagsøgerens handelsmæssige succes, som appelkammeret i den anfægtede afgørelse anerkendte var »blomstrende og velkendt [og omfattende] millioner af kunder i 200 lande« (punkt 64). Disse lidet mistænkelige forhold, der stemmer overens med de beviser, som

sagsøgeren har fremlagt, styrker disse sidstnævntes troværdighed. I mangel af en præcis anfægtelse af rigtigheden af deres indhold og i betragtning af den pålidelige karakter af de oplysninger, de formidler, anser Retten derfor samtlige de bevisemønstre, der er nævnt i præmis 57-73 ovenfor, for troværdige, for så vidt som de udgør oplysninger, som af sagsøgeren passende kan fremlægges som bevis for det fornødne særpræg, som det anfægtede varemærke indtil den 19. juni 2013 har opnået ved brug i det relevante geografiske område.

- 75 På den baggrund og henset til bedømmelseskriterierne for, om et varemærke har opnået fornødent særpræg ved brug – navnlig dem, der er anført i præmis 27-29 ovenfor – og henset til for det første de forskellige retlige fejl eller fejl ved den retlige kvalifikation af de i sagen foreliggende omstændigheder, som er anført i præmis 38-55 ovenfor, og for det andet de mange beviser, som sagsøgeren har fremlagt for appelkammeret, som nævnt i præmis 57-74 ovenfor, der er velegnede til at medvirke til en eventuel godtgørelse af, at det anfægtede varemærke har opnået fornødent særpræg ved brug i det relevante geografiske område, men som appelkammeret ikke tog hensyn til i denne forbindelse, lader det til, at den anfægtede afgørelse ikke understøttes tilstrækkeligt af gyldige grunde, der kan berettiggende dens konklusion for så vidt angår de spille- og væddemålstjenester i klasse 41, der er opregnet i registreringen. Følgelig synes det eneste annullationsanbringende i forhold til disse tjenesteydelser at være begrundet, uden at det er fornødent at tage stilling til sagsøgerens sidste argumenter vedrørende den omstændighed, at der manglede meningsmålinger eller dokumentation fra et handelskammer, hvilket appelkammeret kritiserede selskabet for.
- 76 I betragtning af de begrundelser, der lå til grund for annullationen af den anfægtede afgørelse, skal det præciseres, at det ikke tilkommer Retten at foretage en detaljeret og fyldestgørende analyse af hele det relevante geografiske område, for så vidt som appelkammeret ikke selv har foretaget en sådan analyse (jf. analogt dom af 5.7.2011, Edwin mod KHIM, C-263/09 P, EU:C:2011:452, præmis 71 og 72).
- 77 I lyset af det ovenstående skal den anfægtede afgørelse annulleres, for så vidt som den vedrører de tjenesteydelser i klasse 41, der er opregnet i registreringen af det anfægtede varemærke.

Sagsomkostninger

- 78 Ifølge artikel 134, stk. 3, i Rettens procesreglement bærer hver part sine egne omkostninger, hvis hver af parterne henholdsvis taber eller vinder på et eller flere punkter. Retten kan dog, hvis dette efter omstændighederne findes begrundet, beslutte, at en part, ud over at bære sine egne omkostninger, skal betale en del af modpartens omkostninger.
- 79 Idet sagsøgeren, EUIPO og intervenienten hver delvist har tabt sagen, fastslås det i lyset af sagens omstændigheder, at hver part bærer sine egne omkostninger.

På grundlag af disse præmisser

udtaler og bestemmer

RET TEN (Niende Afdeling):

- 1) **Afgørelsen truffet den 21. marts 2016 af Femte Appelkammer ved Den Europæiske Unions Kontor for Intellectuel ejendomsret (EUIPO) (sag R 3243/2014-5) annulleres, for så vidt som den vedrører de tjenesteydelser i klasse 41, der er opregnet i registreringen af varemærket BET 365.**
- 2) **I øvrigt frifindes EUIPO.**
- 3) **Hver part bærer sine egne omkostninger.**

Gervasoni

Madise

da Silva Passos

Afsagt i offentligt retsmøde i Luxembourg den 14. december 2017.

Underskrifter