



ČESKÁ REPUBLIKA
ROZSUDEK
JMÉNEM REPUBLIKY

Městský soud v Praze rozhodl v senátě složeném z předsedkyně JUDr. Ivanky Havlíkové a soudkyň JUDr. Naděždy Řehákové a Mgr. Ing. Silvie Svobodové ve věci

žalobce: **BEL Sýry Česko a.s.**, IČO 607 14 603
se sídlem Pražská 218, 675 26 Želetava

zastoupena JUDr. Michalem Růžičkou, advokátem
se sídlem Vyskočilova 1566, 140 00 Praha 4

proti

žalovanému: **Úřad průmyslového vlastnictví**
se sídlem Antonína Čermáka 2a, 160 68 Praha 6 - Bubeneč

za účasti: **Savencia SA**,
se sídlem 42 rue Rieussec, 782 20 Viroflay, Francie

zastoupena JUDr. Andreou Považanovou, advokátkou
se sídlem Elišky Peškové 15/735, 150 00 Praha 5

o žalobě proti rozhodnutí předsedy Úřadu průmyslového vlastnictví ze dne 19. 12. 2017
zn. sp. O-346731, č. j. O-346731/D17031928/2017/ÚPV,

takto:

- I. Žaloba se zamítá.
- II. Žádný z účastníků nemá právo na náhradu nákladů v řízení.
- III. Osoba zúčastněná na řízení nemá právo na náhradu nákladů v řízení.

Odůvodnění:

I. Stručné vymezení věci

1. Žalobce se podanou žalobou domáhal přezkoumání v záhlaví uvedeného rozhodnutí předsedy Úřadu průmyslového vlastnictví (dále jen „žalovaný“), kterým byl zamítnut jeho rozklad proti rozhodnutí Úřadu průmyslového vlastnictví (dále jen „Úřad“) ze dne 1. 3. 2017 o částečném zrušení barevné kombinované ochranné známky č. 269407 v provedení



zn. sp. O-346731, a prvostupňové rozhodnutí bylo potvrzeno.

2. V odůvodnění žalobou napadeného rozhodnutí žalovaný konstatoval, že dne 26. 1. 2005 byla s právem přednosti ode dne 21. 5. 2004 do rejstříku ochranných známek (dále jen „rejstřík“) zapsána kombinovaná ochranná známka č. 269407 ve výše uvedeném provedení (dále jen „napadená OZ“), a to pro výrobky ve třídě 29 mezinárodního třídění výrobků a služeb, tedy pro výrobky *mléko, mléčné výrobky, sýry*. Návrhem doručeným Úřadu dne 13. 5. 2015 (dále jen „návrh“) se žalobce domáhal podle § 31 odst. 1 písm. a) zákona č. 441/2003 Sb., o ochranných známkách (dále jen „ZOZ“), zrušení napadené ochranné známky s odůvodněním, že nebyla v České republice v obchodním styku 5 let před podáním návrhu řádně užívána.
3. Dne 1. 3. 2017 bylo vydáno prvostupňové rozhodnutí o částečném zrušení napadené OZ podle § 31 odst. 1 písm. a) ZOZ pro výrobky *mléko, mléčné výrobky*, pro výrobky *sýry* byla napadená ochranná známka ponechána zapsanou v rejstříku. Z odůvodnění prvostupňového rozhodnutí vyplynulo, že vlastník napadené OZ, tedy osoba zúčastněná na řízení, společnost Savencia SA (dále též „OZŘ“ či „vlastník napadené OZ“), známku v relevantním období řádně užíval pro výrobky *sýry*, byť v mírně pozměněných podobách neodporujících § 13 odst. 2 ZOZ. Řádné užívání napadené OZ naopak nebylo prokázáno ve vztahu k výrobkům *mléko, mléčné výrobky*. Žalobce podal proti prvostupňovému rozhodnutí rozklad, v němž tvrdil, že rozhodnutí bylo provedeno na základě neúplných a nesprávných skutkových zjištění, na jejichž základě byly učiněny nesprávné závěry. Žalobce v rozkladu poukázal především na to, že obrana odpůrce neprokázala užívání napadené OZ, byly v rámci ní pouze doloženy obrazové důkazy o užívání jiných označení, které se však dle žalobce na první pohled od napadené OZ liší, jde přitom o změny, které podstatně mění rozlišovací způsobilost. OZŘ ve svém vyjádření k rozkladu uvedla, že prvostupňové rozhodnutí bylo dle jejího názoru řádně odůvodněno a jeho závěry vyplývaly ze zjištěných skutečností, pročež navrhovala rozklad zamítnout jako nedůvodný.
4. O rozkladu rozhodl žalovaný žalobou napadeným rozhodnutím tak, že rozklad zamítl a prvostupňové rozhodnutí potvrdil. V odůvodnění žalobou napadeného rozhodnutí poukázal žalovaný na § 31 odst. 1 písm. a) a § 13 odst. 1 a odst. 2 písm. a) ZOZ. Žalovaný se nejprve obecně zabýval problematikou řádného užívání ochranné známky, zejména otázkou jejího užívání v podobě neměnicí rozlišovací způsobilost. K tomu zmínil českou i evropskou právní úpravu, stejně jako evropskou judikaturu. Následně se žalovaný vyjádřil k hodnocení důkazů, předložených OZŘ, tedy vlastníkem napadené OZ, k prokázání řádného užívání napadené OZ pro výrobky *sýry*. Z některých těchto důkazů, mj. nabídkových letáků supermarketů, byla evidentní jejich datace spadající do rozhodného období, z některých sice datace zřejmá nebyla, ale bylo třeba je zohlednit vzhledem

k tomu, že na nich byly zachyceny výrobky OZŘ opatřené obaly, odpovídajícími obalům zachyceným na prvně zmiňovaných důkazech. Relevantní byla i předložená analýza reklamních investic, z níž vyplývala datace mj. reklamních spotů. K rozkladové námitce, týkající se podoby napadené OZ, v níž je/má být na trhu užívána, žalovaný uvedl, že napadená OZ je určena především k užívání na obalech výrobků, proto důkazy často zahrnovaly celý obal výrobku, na němž se vyskytovaly také nedistinktivní prvky. Odmítl, že by OZŘ účelově předkládala jako důkaz pouze výřez z některých obalů tak, aby co nejvíce odpovídal napadené OZ. Žalovaný dále v žalobou napadeném rozhodnutí uvedl, že postup Úřadu, co do posouzení důkazů i zjištění, zda lze užívanou podobu považovat za podobu neměnicí rozlišovací způsobilost ochranné známky dle § 13 odst. 2 ZOZ, nebyl ani nezákonný, ani nepřezkoumatelný. Podoba napadené OZ a označení doložená OZŘ obsahují na první pohled téměř totožný motiv – shodný slovní prvek „APETITO“ (ve stejném typu písma bílé barvy a stejném sklonu) na modrém pozadí, podtržený bílou linkou. Pod touto linkou, příp. přes ni, je umístěn slovní prvek v bílém písmu uprostřed červeného pole. Přes fonetickou a vizuální odlišnost úvodních částí v tomto slovním prvku (u napadené OZ jde o výraz „ExtraCrémo“, u variant užívaných na trhu pak o výraz „SuperCrémo“), jsou tyto prvky obsahově v podstatě analogické, odkazují na vyšší obsah smetany a/nebo výraznější smetanovou chuť výrobku. Jediný rozdíl proto spočívá v úvodních výrazech „Extra“ a „Super“, které jsou však obsahově analogické. Tato odlišnost nemá vliv na rozlišovací způsobilost napadené OZ. OZŘ dle žalovaného tedy dostatečně prokázala řádné užití napadené OZ na trhu v rozhodném období pro výrobky sýry, a to v podobách neměnicích její rozlišovací schopnost. K rozkladové námitce žalobce, že týmiž doklady OZŘ prokazoval užívání více ochranných známek, žalovaný sdělil, že jelikož jsou tyto OZ založeny na jednotícím motivu, mohly se předložené doklady do značné míry překrývat a prolínat. Žalovaný také odmítl námitku žalobce, že Úřad měl vyjít ze svého rozhodnutí ve věci sp. zn. O-158975, v jehož smyslu užití 1/3 prvku určitého vyobrazení není užitím ochranné známky. K tomu žalovaný uvedl, že je vždy třeba posuzovat konkrétní případ individuálně a nelze bez dalšího aplikovat závěry konkrétního případu na případ jiný. Závěrem žalovaný uvedl, že se Úřad v odůvodnění rozhodnutí vypořádal se zásadními otázkami a jeho postup nebyl nezákonný či v rozporu s judikaturou.

II. Obsah žaloby

5. Žalobce v žalobě stručně popsal dosavadní průběh řízení a předně vyslovil názor, že obě správní rozhodnutí byla založena na neúplném a nesprávně zjištěném skutkovém stavu, na neúplném a nesprávném právním posouzení (nesprávném a nezákonném vyložení neurčitého právního pojmu „řádné užití“ ochranné známky), a tudíž jsou nezákonná a pro nedostatek a rozpornost zdůvodnění i nepřezkoumatelná. Konkrétně žalobce uvedl následujících 8 žalobních námitek.
6. *První námitkou* brojil žalobce proti nedostatečnému zjištění skutkového stavu relevantního pro posouzení řádného užívání napadené ochranné známky ze strany žalovaného. Dle žalobce žalovaný pochybil, když v rozporu s § 13 odst. ZOZ považoval za důkazy o užívání napadené OZ doklady, které: neobsahují napadenou OZ v provedení



, ale pouze jiná označení, která se od napadené OZ významně liší, a to

i ve výrazných vizuálně resp. foneticky významných prvcích měnící i významně rozlišovací způsobilost použitého označení; nesvědčí majiteli ochranné známky, ale třetí osobě; nejsou v řadě případů spolehlivě datovatelné, protože nelze nade vší pochybnost shledat, že spadají do časově relevantního období 5 let před podáním návrhu.

7. Ve *druhé námitce* žalobce tvrdil, že žalovaný učinil na základě provedeného dokazování nesprávná a skutkově rozporná skutková zjištění o tom, že napadená OZ byla v období 5 let před podáním návrhu řádně užívána jejím vlastníkem. Dle žalobce vlastníkem předložené důkazy tuto skutečnost neosvědčují. Žalovaná proto nesprávně pominula, že OZŘ v tomto směru neunesla své důkazní břemeno.
8. *Třetí námitka* směřovala proti skutečnosti, že žalovaný na základě nedostatečně zjištěného skutkového stavu a na základě neúplného a nesprávného a rozporného hodnocení provedených důkazů dospěl k nesprávným skutkovým závěrům, na jejichž podkladě nadto věc nesprávně právně posoudil, když zejména: nesprávně posoudil jako podobná, resp. pouze v nedistinktivních prvcích se lišící označení, napadenou OZ a OZŘ předkládaná údajně užívaná označení (*pozn. soudu:* tak, jak jsou vyobrazena na str. 21 žalobou napadeného rozhodnutí), když je zřejmé, že se tato označení od napadené OZ liší v prvcích, které nejsou nedistinktivní a mění rozlišovací způsobilost předmětných označení; nesprávně posoudil, které prvky jsou v údajně užívaných označeních dominantní a distinktivní, a které nejsou, resp. vůbec se takovým posouzením nezabýval a pouze konstatoval, že ostatní blíže neposuzované prvky, ve kterých se předmětná označení liší, nejsou dominantní ani distinktivní, aniž by to jakkoli konkretizoval či zdůvodnil; nesprávně interpretoval požadavek na užívání v podobě neměnicí rozlišovací způsobilost tak, že za vyhovující označil jakékoli užívání, které se od zapsané podoby příliš neliší, resp. které je „víceméně ekvivalentní“ zapsané OZ, přičemž zákon požaduje podobnost zcela ekvivalentní, tedy na hraně identičnosti, lišící se maximálně v podružných a v na první pohled pro spotřebitele prakticky nepostřehnutelných detailech; nesprávně hodnotil shodnost označení z hlediska distinktivity napadené OZ, neboť nehodnotil a nesrovnával napadenou OZ s údajně užívaným označením z hlediska průměrného spotřebitele s ohledem na celkový dojem obou označení, s přihlédnutím k dominantním a distinktivním prvkům, a tyto mezi sebou neporovnával, pominul odlišný celkový dojem a některé distinktivní prvky, v nichž se porovnávána označení liší, aniž by svůj postup vysvětlil; nesprávně přehlédl významné odlišnosti mezi napadenou OZ a prokazovanými užívanými označeními, a to v rovině vizuální, fonetické, i v rovině celkového dojmu.
9. Ve *čtvrté námitce* žalobce shrnul, že na základě shora uvedených pochybení žalovaného trpí žalobou napadené rozhodnutí vnitřní rozporností a nelogičností, pramenící z neprovázanosti jednotlivých právních závěrů s rozporně a neúplně zjištěným skutkovým stavem, což vede k zmatečnosti a nepřezkoumatelnosti rozhodnutí.
10. *Pátá námitka* brojila proti porušení zásady spravedlivého očekávání a předvídatelnosti správního rozhodnutí, spatřovanému v uznání užívání označení významně odlišného za dostatečný důkaz užívání napadené OZ.
11. *Šestou námitkou* žalobce upozornil, že žalovaný nesprávně vyložil neurčitý právní pojem „řádné užívání“ a „užívání v podobě neměnicí rozlišovací způsobilost“, když jej vyložil nad rámec zákona jako užívání v podobě víceméně ekvivalentní, tedy do jisté míry podobné.

12. *Sedmou námitkou* žalobce tvrdil nesprávný postup žalovaného v rozporu s § 1 ZOZ, neboť jím žalovaný rozšířil zákonem přesně vymezený způsob prokazování užívání i na případy, které zákon za takové užívání nepovažuje a vybočil tak z mezí tohoto ustanovení.
13. V *osmé námitce* žalobce nakonec uvedl, že postup žalovaného byl rovněž v rozporu s komunitární úpravou a vlastní rozhodovací praxí žalovaného.
14. Žalobce žádal, aby soud žalobou napadené rozhodnutí i rozhodnutí Úřadu zrušil a věc vrátil k dalšímu řízení.

III. Vyjádření žalovaného

15. V písemném vyjádření k žalobě žalovaný trval na tom, že v předchozím správním řízení nikterak nepochybil, žalobou napadené rozhodnutí řádně odůvodnil, podepřel zákonnými ustanoveními a vydal jej v souladu s dosavadní praxí.
16. K *první* žalobní námitce žalovaný uvedl, že tvrzení v ní obsažená se nezakládají na pravdě. Oba správní orgány zjistily skutkový stav dostatečně přesně, což je zřejmé z odůvodnění obou rozhodnutí. K tvrzení, že doklady předložené OZŘ neobsahovaly napadenou OZ, ale jiná označení, která se od napadené OZ významně lišila, odkázal žalovaný na ustanovení čl. 5 písm. c) odst. 2 Pařížské úmluvy na ochranu průmyslového vlastnictví, § 13 odst. 2 písm. a) ZOZ a evropskou judikaturu zmíněnou v žalobou napadeném rozhodnutí. Absence licenčních smluv ve prospěch společnosti TPK, s.r.o. (dnešní Savencia Fromage & Dairy Czech Republic, a.s.) nebyla rozhodující, neboť tato společnost užívala v relevantním období napadenou OZ se souhlasem vlastníka. Vztahy mezi dotčenými společnostmi byly vysvětleny v prvostupňovém rozhodnutí, stejně jako skutečnost, že napadená OZ byla užívána v souladu s čl. 19 odst. 2 Dohody o obchodních aspektech práv k duševnímu vlastnictví (dále jen „TRIPS“) se souhlasem vlastníka. U všech 50 dokladů byla posuzována datace, některé byly pro nejasnou dataci vyloučeny a dovození časové relevance dalších dokladů, jejichž datace nebyla zcela evidentní, bylo v žalobou napadeném rozhodnutí podrobně zdůvodněno.
17. Ohledně *druhé* žalobní námitky žalovaný konstatoval, že žalobce neuvedl, v čem spatřuje nesprávnost a rozporuplnost skutkových zjištění a neunesení důkazního břemene ze strany OZŘ. Vlastník napadené OZ prokázal předloženými doklady její řádné užívání pro výroby sýry. Toto užívání bylo započato do pěti let od zápisu napadené OZ a nebylo přerušeno na nepřetržitou dobu pěti let. Žalovaný stejně jako v žalobou napadeném rozhodnutí uvedl, že podmínka řádného užívání je splněna i v případech, kdy je OZ užívána pouze v rámci jiné kombinované OZ, nebo ve spojení s jinou kombinovanou OZ, přičemž jejich kombinace je navíc též zapsána jako OZ. To vše za předpokladu, že posuzovaná OZ neztrácí schopnost být vnímána jako údaj o obchodním původu daných výrobků. Pokud je tedy vlastník OZ majitelem řady OZ založených na jednotícím motivu, pak se doklady předložené za účelem prokázání jejich řádného užívání mohou do značné míry překrývat a prolínat. OZ je řádně užívána tehdy, je-li užívána v souladu se svou hlavní funkcí, tj. zaručení označení původu výrobků nebo služeb, pro které byla zapsána, aby vytvořila či zachovala odbyt pro tyto výrobky nebo služby. Za užívání se dle § 13 odst. 2 písm. a) ZOZ rovněž považuje užívání OZ v podobě, která se od podoby, ve které byla OZ zapsána, liší prvky neměnicími její rozlišovací způsobilost.
18. Žalovaný nesouhlasil ani s tvrzeními obsaženými ve *třetí* žalobní námitce, označil je za nepodložená a nezakládající se na pravdě. V žalobou napadeném rozhodnutí se

zabýval podobou napadené OZ velmi obsáhle a podrobně vysvětlil své závěry, že vlastník napadené OZ předloženými doklady prokázal její řádné užívání na trhu v rozhodném období pro výrobky sýry, a to v podobách neměnicích její rozlišovací způsobilost. O fonetickém posouzení nebylo v předcházejícím správním řízení sporu, v žalobě nebylo uvedeno, v čem konkrétně žalobce spatřuje rozpor. V ostatním odkázal na odůvodnění žalobou napadeného rozhodnutí.

19. Ani *čtvrté* žalobní námitce žalovaný nepřisvědčil, když označil v ní obsažené tvrzení za nepodložené. Z žaloby nebylo zřejmé, v čem byl spatřován rozporně a neúplně zjištěný skutkový stav, v čem spočívala vnitřní rozpornost a zmatečnost žalobou napadeného rozhodnutí a proč by mělo být dle žalobkyně rozhodnutí nepřezkoumatelné. Žalobou napadené rozhodnutí je srozumitelné, dostatečně podrobně a jasně odůvodněné, žalovaný zjistil řádně skutkový stav, vypořádal se se všemi rozkladovými námitkami a argumentací žalobkyně, z rozhodnutí je zřejmé, jakými úvahami se žalovaný řídil, které podklady využil a k jakým závěrům dospěl. K tomu žalovaný odkázal na ustálenou judikaturu NSS.
20. Rovněž tvrzení obsažené v *páté* žalobní námitce označil žalovaný za nepodložené a neurčité. Zopakoval, že otázku užití OZ v odlišné podobě neměnicí rozlišovací způsobilost OZ v žalobou napadeném rozhodnutí dostatečně vysvětlil a rozebral. Dále k tomuto bodu odkázal i na své vyjádření k první a třetí žalobní námitce.
21. K *šesté* žalobní námitce žalovaný odkázal na svá předchozí vyjádření.
22. K *sedmé* námitce citoval § 1 ZOZ a konstatoval, že mu není jasné, v čem podle žalobce z mezí daného ustanovení vybočil, proč se nemohl více vyjádřit.
23. I poslední, *sedmou*, žalobní námitku označil žalovaný za neurčitou a nepodloženou, neboť z ní nevyplývá, s kterými konkrétními rozhodnutími, ať již evropskými nebo vlastními rozhodnutími žalovaného, bylo podle žalobce žalobou napadené rozhodnutí v rozporu.
24. Žalovaný shrnul, že žalobou napadené rozhodnutí vycházelo z řádně zjištěného skutkového stavu, bylo správně, logicky a podrobně odůvodněno a vydáno v souladu s příslušnými zákonnými ustanoveními, a žádal, aby soud žalobu zamítl.

IV. Vyjádření OZŘ

25. Také OZŘ ve svém vyjádření k žalobě setrvala na tom, že doklady předloženými v rámci řízení o zrušení napadené OZ hodnověrně prokázala její řádné užívání během rozhodného období.
26. OZŘ upozornila na to, že v žalobě nebylo uvedeno, které prvky z označení vyobrazených na dokladech dle názoru žalobce mění rozlišovací způsobilost napadené OZ. Zdůraznila, že za řádné užívání OZ se dle § 31 ZOZ považuje rovněž užívání OZ v podobě neměnicí její rozlišovací způsobilost, odkázala též na § 13 odst. 2 ZOZ a čl. 10 odst. 2 písm. a) Směrnice o ochranné známce Společenství. Dále vycházela z Metodických pokynů EUIPO, v nichž je uvedeno, že dojde-li k přidání prvku, který je slabý a/nebo není dominantní, nedojde ke změně rozlišovací způsobilosti zapsané OZ, také dojde-li k vynechání prvku, který je v druhotném postavení a nemá rozlišovací způsobilost, jeho vynechání rovněž nemění rozlišovací způsobilost OZ. OZŘ měla též za to, že napadená OZ je známkou, která požívá vysokou rozlišovací způsobilost a požívá v očích veřejnosti dobrého jména, a to zejména její slovní prvek „APETTITO“. Nepatrné rozdíly mezi napadenou OZ a jejím ztvárnění při skutečném užívání mají proto jen nepatrný vliv na její rozlišovací způsobilost, protože se jedná o užívání OZ podle § 13 ZOZ. Užívaná označení

doložená v průběhu předcházejícího správního řízení proto prokazují řádné užívání napadené OZ. Je tomu tak proto, že prvky jako slovní prvky „lahodně smetanové“, „se šunkou“, „s hermelínem“ „SuperCremo“ či grafické prvky rajče, namazaný chléb se sýrem atd. nemění rozlišovací způsobilost předmětných OZ, neboť se jedná o prvky zcela popisné či dekorační.

27. K námitce, že doklady předložené vlastníkem napadené OZ nesvědčí jejímu majiteli, ale třetí osobě, uvedla OZŘ, že veškeré ochranné známky „APETITO“ jsou užívány s jejím souhlasem rovněž společností Savencia Fromage & Dairy Czech Republic, a.s. (dříve TPK, s.r.o.), a to v souladu s dohodou TRIPS. Užívání napadené OZ společností TPK, s.r.o. vyplývající z předložených dokladů, je tak řádným užíváním ve smyslu § 13 ZOZ, nikoli užíváním třetí osobou.
28. Ohledně datace předložených dokladů OZŘ sdělila, že tyto byly datovány řádně a prokazovaly řádné užívání napadené OZ v rozhodném období.
29. OZŘ vyjádřila přesvědčení, že žalobou napadené rozhodnutí nebylo stíženo vadami uvedenými v žalobě, neboť obsahuje všechny zákonem požadované náležitosti, stejně jako skutečnosti, na základě kterých bylo rozhodnuto, úvahy žalovaného, kterými byl veden při hodnocení důkazů, správní úvahu, kterou použil při aplikaci právních předpisů, na jejichž základě rozhodoval, i to, jak se vyrovnal s rozkladovými námitkami. Takové rozhodnutí není zmatečným ani nepřezkoumatelným.
30. OZŘ navrhla, aby soud správní žalobu zamítl a žalobou napadené rozhodnutí potvrdil.

V. Posouzení věci Městským soudem

31. Při ústním jednání účastníci setrvali na svých stanoviscích.
32. Zástupce žalobce velmi obsáhle rozvinul nekonkrétní argumentaci osmého žalobního bodu v té části, kde tvrdil rozpor postupu žalovaného s jeho vlastní rozhodovací praxí. K tomu poukázal na rozhodnutí Úřadu a žalovaného ve věci ochranné známky O-423530 a na něj navazující rozhodnutí Městského soudu v Praze ve věci sp. zn. 8 A 128/2014 ze dne 7. 11. 2017 a Nejvyššího správního soudu ve věci sp. zn. 1 As 6/2018 ze dne 31. 5. 2018, z nichž některé pasáže odůvodnění citoval. Tvrdil, že v tamní věci byl slovní prvek APETITO posouzen jako prvek bez rozlišovací způsobilosti. Dále poukázal na rozhodnutí Nejvyššího soudu ve věci sp. zn. 23 Cdo 4046/2010 s tím, že také podle toho rozhodnutí má slovo APETITO nízkou rozlišovací způsobilost. Obě citovaná rozhodnutí při ústním jednání předložil. Rovněž poukázal na rozhodnutí EUIPO ze dne 10. 10. 2018 ve věci D-TACK. Také toto rozhodnutí při ústním jednání předložil, ovšem pouze v anglickém jazyce. Tvrdil, že všechny prvky ochranné známky v nyní projednávané věci musí být vnímány rovnocenně, protože jsou stejně nedistinktivní jako APETITO, zabírají stejnou plochu, mají stejnou barvu, žalovaný je ale degraduje, nebere jako součást označení a staví své rozhodnutí na dominantním, ale nedistinktivním slově APETITO. Dále argumentoval obdobně jako v podané žalobě.
33. Zástupkyně žalovaného k tomu namítala, že žádný z těchto argumentů nebyl uplatněn ve správním řízení, Úřad a žalovaný se k nim proto nemohli vyjádřit. Měla za to, že žalobce rozšiřuje žalobu nad rámec žalobních bodů, neboť otázka míry distinkivity posuzované kombinované ochranné známky nebyla jejich předmětem. Konstatovala, že se žalobcem předložená rozhodnutí týkají posouzení sporů o neplatnost OZ SMETANITO k návrhu vlastníka APETITO (OZŘ). Jednalo se o spor o pravděpodobnost záměny dle § 7 odst. 1

písm. a) zákona o ochranných známkách, tedy jiného řízení, než je tomu v řízení dle § 31 odst. 1 písm. a) téhož zákona, přičemž řízení o neplatnost a řízení o zrušení nelze směřovat a porovnávat. V řízení o zrušení vlastník prokazuje, že známku užívá, byť s odlišnými prvky, ale v té podobě, která nemění její rozlišovací způsobilost. K tomuto závěru po posouzení 37 dokladů, které vlastník předložil, Úřad a žalovaný dospěli. Uvedla, že APETITO není jedinou OZ tohoto vlastníka, má známkovou řadu, jsou zapsány slovní OZ APETITO Junior, APETITO MaxiCremo, kombinované jsou zapsány i jako slovní. Tvrdit dnes, že slovní prvek APETITO nemá rozlišovací způsobilost je zcela bez významu, neboť by nebyla zapsána ochranná známka APETITO. Měla za to, že je to OZ, která má i dobré jméno. I pokud by byla distinktivita APETITO nižší, není to rozhodující. Rozhodujícím je, co je v ochranné známce dominantním prvkem a tím může být i prvek s nižší rozlišovací způsobilostí. Úřad a žalovaný však mají za to, že stěžejní a dominantní prvek APETITO rozlišovací způsobilost v tomto případě má. Jednotlivé obrázky nebo nápisy, ve spojení s nimiž vlastník známku užívá, nemohou tuto rozlišovací způsobilost nijak snížit, jedná se o známkovou řadu založenou na prvku APETITO.

34. Návrhy důkazů žalobce neuplatnil, soud o nich proto nerozhodoval.
35. Soud přezkoumal žalobou napadené rozhodnutí, jakož i řízení, které jeho vydání předcházelo, v rozsahu žalobou tvrzených bodů nezákonnosti, kterými je vázán, podle skutkového a právního stavu ke dni vydání žalobou napadeného rozhodnutí, a dospěl k závěru, že žaloba není důvodná.
36. Při posouzení soud vyšel z následující právní úpravy:
37. Podle ustanovení § 31 odst. 1, písm. a) ZOZ v rozhodném znění Úřad zruší ochrannou známku v řízení zahájeném na návrh třetí osoby, jestliže ochranná známka nebyla po nepřetržitou dobu 5 let řádně užívána pro výrobky nebo služby, pro které je zapsána, a pro neužívání neexistují řádné důvody; k užívání, které bylo zahájeno, popřípadě, v němž bylo pokračováno po pětiletém neužívání ochranné známky ve lhůtě 3 měsíců před podáním návrhu, se nepřihlíží, pokud přípravy pro započetí užívání nebo pokračování v užívání nastaly až poté, co se vlastník dozvěděl o tom, že by mohl být podán návrh na zrušení ochranné známky, téhož zákona.
38. Podle ustanovení § 13 odst. 1, odst. 2 písm. a) téhož zákona za řádné užívání ochranné známky podle odstavce 1 se považuje rovněž užívání ochranné známky v podobě, která se od podoby, ve které byla ochranná známka zapsána, liší prvky neměnicími její rozlišovací způsobilost.
39. Neopodstatněné je tvrzení žalobce (čtvrtý žalobní bod), který ve vztahu k žalobním námitkám 1-3 namítal, že rozhodnutí žalovaného trpí vnitřní rozporností a nelogičností, pramenící z neprovázanosti jednotlivých právních závěrů s rozporně a neúplně zjištěným skutkovým stavem, což vede ke zmatečnosti a nepřezkoumatelnosti. Jak soud ověřil z obsahu spisového materiálu, rozhodnutí Úřadu, podaného rozkladu a žalobou napadeného rozhodnutí, opak je pravdou. Žalovaný, jehož rozhodnutí tvoří s rozhodnutím Úřadu podle ustálené judikatury správních soudů jeden celek, velmi pečlivě, úplně, srozumitelně, logicky a s poukazem na relevantní evropskou judikaturu zcela zřejmým způsobem vyjádřil své stanovisko k rozkladové argumentaci žalobce. Z odůvodnění žalovaného rozhodnutí jsou patrné důvody výroku, podklady pro jeho vydání a úvahy, kterými se žalovaný řídil při jejich hodnocení a při výkladu právních předpisů, jakož i informace o tom, jak se vypořádal s návrhy a námitkami účastníků a

s jejich vyjádřením k podkladům rozhodnutí. Žalobou napadené rozhodnutí je tak zcela v souladu s ustanovením § 68 odst. 3 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád (dále jen „správní řád“), který se ve smyslu § 45 zákona o ochranných známkách pro řízení o ochranných známkách až na zde uvedené výjimky použije.

40. Po ověření obsahu spisového materiálu soud rovněž nepochybuje o tom, že správní orgán zjistil stav věci v souladu s § 3 správního řádu tak, že o něm nejsou důvodné pochybnosti, a to v rozsahu, který je nezbytný pro posouzení návrhu žalobce na zrušení napadené ochranné známky podle § 31 odst. 1 písm. a) ZOZ pro řádné neužívání pro výrobky nebo služby, pro které je zapsána po nepřetržitou dobu 5 let.
41. Soud k tomu dodává, že prostý nesouhlas žalobce s právním posouzením Úřadu a žalovaného nemůže založit zmatečnost a nepřezkoumatelnost žalobou napadeného rozhodnutí, což je ostatně zřejmé z toho, že žalobce vůči němu uplatnil osm žalobních bodů, v nichž obdobně jako v podaném rozkladu vyjadřoval svůj nesouhlas s posouzením jeho návrhu Úřadem a žalovaným. Stejně tak prostý nesouhlas žalobce nemůže založit nezákonnost rozhodnutí Úřadu a žalovaného s posouzením věci samé, jak bude pojednáno níže.
42. Podstatou sporu je posouzení, zda vlastník napadené ochranné známky (osoba zúčastněná na řízení) unesl důkazní břemeno a prokázal její řádné užívání pro výrobky nebo služby, pro které je zapsána pro nepřetržitou dobu 5 let, a zda je souladné se zákonem posouzení žalovaného dle § 13 odst. 2 písm. a) ZOZ, který užívání vlastníkem shledal řádným, neboť se jedná o užívání ochranné známky v podobě, která se od podoby, ve které byla ochranná známka zapsána, liší prvky neměnicími její rozlišovací způsobilost.
43. Vzhledem k tomu, že se námitky první až třetího žalobního bodu (a jejich posouzení správními orgány) vzájemně prolínají, vyjádří se k nim soud jako k celku.
44. Nedůvodným je žalobní tvrzení (*první* žalobní bod), podle kterého žalovaný nedostatečně zjistil skutkový stav, kdy za důkazy o užívání napadené OZ, považoval doklady, které neobsahují napadenou OZ, ale jiná označení, která se významně liší, nesvědčí majiteli, ale třetí osobě, nejsou v řadě případu spolehlivě datovatelné a nelze o nich bez pochybnosti říci, že spadají do rozhodného období. Je tomu tak proto, že je z obsahu spisového materiálu a odůvodnění rozhodnutí správních orgánů obou stupňů zřejmé, že se oba správní orgány návrhem žalobce zabývaly velmi podrobně, o čem svědčí obsáhlá odůvodnění jejich rozhodnutí a, jak již soud dříve uvedl, neshledal ve zjištěném skutkovém stavu nedostatky, které by mohly mít vliv na zákonnost posouzení ve věci samé.
45. Také tvrzení o tom, že vlastníkem předložené doklady neobsahují napadenou OZ, ale pouze jiná označení, která se od napadené OZ významně liší, vizuálně, resp. foneticky, neodpovídá skutečnosti. Žalovaný totiž (na straně 9 a násl.) rozhodnutí vyčerpávajícím způsobem popsal zjištění vyplývající z rejstříku ochranných známek, vyjádřil se k problematice řádného užívání ochranné známky, zejména k otázce jejího užívání v podobě neměnicí rozlišovací způsobilost, kdy poukázal na znění národní právní úpravy § 13 odst. 2 písm. a) ZOZ s tím, že logický požadavek, aby kombinovaná ochranná známka byla užívána v podobě, v níž byla zapsána do rejstříku, je z praktických důvodů korigována ustanovením čl. 5 písm. c) odst. 2 Pařížské úmluvy na ochranu průmyslového vlastnictví (dále též „Pařížská úmluva“), tento článek citoval a uvedl smysl ustanovení § 13 odst. 2 písm. a) ZOZ, jakož i zmíněného článku Pařížské úmluvy, které vylučují nutnost užívat ochrannou známku striktně v její zapsané podobě, ale že smyslem je umožnit

vlastníkovi užití zapsané OZ za účelem přizpůsobení se marketingovým a propagačním požadavkům na daném segmentu trhu v takových jejích obměnách, které nemění její rozlišovací způsobilost. K tomu žalovaný odkázal na relevantní evropskou judikaturu (rozsudek Tribunálu T-381/12 ve věci „PALMA MULATA“, rozsudek Tribunálu T-415/09 ve věci FISHBONE“, rozsudek Tribunálu T-437/09 ve věci „Oyster cosmetics“), které jeho argumentaci podporují. Dále žalovaný poukázal na stranu 12 rozhodnutí Úřadu, kde se Úřad vypořádával se skutečností, že se provedení napadené OZ odlišuje od označení tavených sýrů v předložených dokladech a kde konstatoval, že vlastník ochranné známky může provádět její obměny, které beze změny její rozlišovací způsobilosti umožňují lépe se přizpůsobit požadavkům uvádění na trh a propagaci dotčených produktů (k tomu poukázal na rozsudek SDEU ve věci T-194/03 „Bainbridge“ bod 50), a měl za to, že co do povahy, lze její užívanou podobu ve vyobrazeních uvedených v odůvodnění prvostupňového rozhodnutí shledat souladnou s ustanovením § 13 odst. 2 písm. a) ZOZ. Žalovaný pak (strana 21-22 rozhodnutí) z rozhodnutí Úřadu citoval a dospěl k závěru, že Úřad v rámci posuzování předložených dokladů zjistil, že se v nich vyskytují jím uvedená vyobrazení, zejména v rámci obalů výrobků (tavené sýry případně sýrová omáčka). Tato vyobrazení Úřad popsal se zaměřením na jejich stěžejní/dominantní a distinktivní motiv a konstatoval, že se jedná „akceptovatelnou“ modifikaci napadené OZ, tj. o zobrazení neměnicí její rozlišovací způsobilost. K tomu žalovaný poukázal na svou dříve uvedenou argumentaci k problematice řádného užívání ochranné známky, zejména k otázce jejího užívání v podobě neměnicí rozlišovací způsobilost (str. 9-20), kde shrnul, že napadená OZ je s ohledem na dané výrobky (sýry) zjevně určena především k užívání na obalech a lze předpokládat, že případné důkazy pro její užívání budou obsahovat právě vyobrazení celých obalů. Dále žalovaný poukázal na běžnou praxi, kdy obaly výrobků obsahují mnoho různých slovních a obrazových prvků, které dle jejich povahy spotřebitel může vnímat jako dekorativní popis či jinak nedistinktivní, nebo naopak jako údaje distinktivní, podle nichž může identifikovat obchodní původ produktu. Za velmi obvyklou považoval též skutečnost, že nedistinktivní prvky mohou být obměňovány (časově omezené prodejní akce, prvky odkazující na aktuální roční období a příslušné svátky či události – Velikonoce, Vánoce, prázdniny) apod., či přidávány, např. v případě „vylepšené receptury“, rodinného balení apod.

46. Žalovaný se vyjádřil i k rozkladové námitce stran účelového uplatňování výřezu z některých obalů vlastníkem napadené OZ, kdy toto tvrzení odmítl s tím, že předmětem zkoumání v daném řízení není, a v I. stupni řízení nebylo, prokazování užívání jakéhokoli výřezu konkrétního obalu výrobku, neboť jediným předmětem zkoumání je a bylo užívání ochranné známky v podobě neměnicí její rozlišovací způsobilost, tj. v podobě, v níž jsou zachovány její dominantní a distinktivní prvky. Vlastník „výřez“ ve svých podáních prezentoval právě za účelem identifikace daného nosného (dominantního a distinktivního) prvku. Na základě uvedeného žalovaný shledal výtky žalobce, týkající se údajné účelové prezentace a posouzení „výřezu“ z obalů, nepřipadným.
47. Žalovaný zdůraznil, že smyslem předmětného řízení je zjistit, zda užívanou podobu lze dle § 13 odst. 2 ZOZ považovat za podobu neměnicí rozlišovací způsobilost napadené OZ, čemuž správní orgán I. stupně dostál, ač je jeho odůvodnění v tomto směru stručné. Žalovaný je doplnil, kdy podrobně rozvedl, jak je zapsána napadená OZ, a konkrétně označil doklady předložené vlastníkem, kde se vyskytují označení, jež žalovaný blíže popsal. Považoval za zřejmé na první pohled, že tyto podoby na trhu užívaného označení obsahují téměř totožný dominantní a distinktivní motiv jako napadená OZ – shodný

slovní prvek „APETITO“ s tím, že rozdíl spočívá v tomto slovním prvku, kdy u napadené OZ se jedná o výraz „ExtraCrémo“, u variant užívaných na trhu „SuperCrémo“. Zdůraznil, že ač úvodní části těchto sousloví jsou vizuálně a foneticky odlišné, obsahově jsou v podstatě analogické – oba citované slovní prvky odkazují na vyšší obsah smetany a/nebo výraznější smetanovou chuť výrobku.

48. Z toho vzal za evidentní, že v podstatě jediný rozdíl mezi zapsanou podobou napadené OZ a její podobou, která se (vedle dalších nedistinktivních prvků) vyskytuje na obalech příslušných výrobků reálně užívaných na trhu, spočívá v užití rozdílných, avšak obsahově analogických, popisných (a tudíž nedistinktivních) výrazů „Extra“, resp. „Super“, přičemž tato odlišnost nemá vliv na rozlišovací způsobilost zapsané OZ, jak Úřad konstatoval s odkazem na příslušnou judikaturu (strana 22 a 23 žalobou napadeného rozhodnutí).
49. Dále žalovaný v reakci na rozkladové výtky žalobce popsal, jak je zapsána napadená OZ, jak ji vlastník dle svých slov na trhu užívá v modifikované podobě, resp. varianty vyplývající z jím předložených dokladů. K tomu žalovaný v souladu s judikaturou označil dominantní a distinktivní prvky napadené OZ, za něž považoval shodný slovní prvek „APETITO“ (ve stejném typu písma bílé barvy a stejného sklonu) podtržený bílou linkou (bílý nápis APETITO podtržený červenou linkou na modrém pozadí), pod touto linkou, resp. „přes ni“ (varianty užívané na trhu) je přítomen menší slovní prvek (bílé písmo) v červeném poli s tím, že tyto prvky jsou v užívaných podobách (jež vyplývají z předložených dokladů) zachovány, přičemž odlišnost v užití, resp. absence dalších nedistinktivních prvků (zejména rozdíl v prvcích „Extra“ versus „Super“) podle stanoviska žalovaného nemohou rozlišovací způsobilost napadené OZ ovlivnit. K tomu žalovaný podotkl, že jednotlivé varianty zahrnují též obdobné umístění prvku v červené barvě (linka, nápis, vyobrazení rajčete) pod prvkem „APETITO“; přítomností červené linky pod nápisem „APETITO“, tedy nevzniká jiný barevný vjem, jak naznačuje v rozkladu žalobce. Vzál za evidentní, že v podstatě jediný rozdíl mezi zapsanou podobou napadené OZ a její podobou, která se (vedle dalších nedistinktivních prvků) vyskytuje na obalech příslušných výrobků reálně užívaných na trhu, spočívá v užití rozdílných, avšak obsahově analogických, popisných (a tudíž nedistinktivních) výrazů „Extra“ a „Super“, přičemž tato odlišnost nemá vliv na rozlišovací způsobilost zapsané OZ.
50. Žalovaný následně shodně s Úřadem uzavřel, že vlastník předloženými doklady prokázal řádné užití napadené OZ na trhu v rozhodném období pro výrobky sýry, a to v podobách neměnicích její rozlišovací způsobilost. Soud jeho obsáhlému až vyčerpávajícímu odůvodnění plně přisvědčuje a v podrobnostech na ně odkazuje.
51. Nerelevantní je i tvrzení žalobce o tom, že doklady nesvědčí majiteli OZ, ale v třetí osobě. Již v rozhodnutí Úřadu (str. 11) je uveden odkaz na konkrétní doklady, osvědčující užívání napadené OZ se souhlasem vlastníka společností Savencia Fromage a Dairy Czech Republic a.s., dříve společnost TPK, spol. s r.o., která užívala a užívá veškeré ochranné známky společnosti Savencia AS, dříve BONGRAIN SA, přičemž užívání napadené OZ v rozhodném období společností TPK spol. s r.o., se dělo se souhlasem vlastníka (ten to uvedl v úvodu svého vyjádření v řízení před Úřadem). To je v souladu s čl. 19 odst. 2 Dohody o obchodních aspektech práv k duševnímu vlastnictví TRIPS) ze dne 15. 4. 1994, sdělení Ministerstva zahraničních věcí ČR č. 191/1995 Sb. (dále jen „dohoda TRIPS“). Podle stanoviska soudu je za tohoto stavu zcela po právu, že žalovaný považoval takové odůvodnění Úřadu za zcela postačující (str. 25 napadeného rozhodnutí), neboť je zde objasněno, s odkazem na konkrétní doklady, vztah mezi danými společnostmi a je

zdůrazněno, že ochranné známky byly užívány v souladu s ustanovením čl. 19 odst. 2 dohody TRIPS se souhlasem vlastníka.

52. K obecnému poukazu žalobce o tom, že doklady nejsou *v řadě případů spolehlivě datovatelné* a nelze z nich tedy nadevší pochybnost shledat, že spadají do rozhodného období, soud rovněž v obecné poloze uvádí, že rozhodnutí správních orgánů obou stupňů je vystavěno na dokladech předložených vlastníkem, které jsou datovány, jejich obsah je zcela uspokojivý a týká se zkoumaného časového období. Popř. nejsou datovány a Úřad je hodnotil jako doklady podpůrné povahy, když zároveň pro úplnost zmínil, které doklady (č. 24 a 26) nemohl k prokázání řádného užívání dotčené ochranné známky na trhu použít, neboť nespádají dle relevantního časového období (str. 10-11 prvostupňového rozhodnutí Úřadu). K tomu z odůvodnění žalobou napadeného rozhodnutí žalovaného vyplývá, že sám žalovaný posoudil 50 předložených dokladů, kdy u každého z nich posuzoval dataci a ztotožnil se se závěry Úřadu ohledně vyloučení dokladů (č. 24 a 26), přičemž podrobně zdůvodnil, proč u jednotlivých dokladů dovodil jejich časovou relevanci, přestože na těchto dokladech datum uvedeno nebylo (str. 14-17 rozhodnutí žalovaného). Z uvedeného je zřejmé, že ani tato dílčí žalobní námitka neobstojí.
53. Z předně uvedeného posouzení vyplývá nedůvodnost (*druhé*) námitky žalobce, který tvrdil, že žalovaný učinil na základě provedení dokazování nesprávná a skutkově rozporná zjištění, že napadená OZ byla v období pět let před podáním návrhu na zrušení řádně užívána a že OZŘ neunesla důkazní břemeno dle § 31 odst. 1 písm. a) ZOZ. Soud k tomu pro úplnost znovu poukazuje na množství vlastníkem předložených dokladů, které Úřad a žalovaný k návrhu žalobce zkoumali, kdy právem dospěli k závěru, že vlastník prokázal řádné užívání známky pro sýry po dobu pěti let od zápisu, přičemž toto užívání nebylo po rozhodnou dobu přerušeno. K tomu soud připomíná, že žalovaný s poukazem na judikaturu v odůvodnění svého rozhodnutí (str. 24-25) dále uvedl, že *může být podmínka řádného užívání splněna i v případech, kdy je ochranná známka užívána pouze v rámci jiné kombinované OZ, nebo ve spojení s jinou kombinovanou známkou, přičemž jejich kombinace je navíc též zapsána coby ochranná známka. To vše za předpokladu, že posuzovaná OZ neztrácí schopnost být vnímána jako údaj o obchodním původu daných výrobků (viz rozsudek Tribunálu T-397/15 ve věci „PAL“, či rozsudek SDEU C-252/12 ve věci „Specsavers“).* Pokud je tedy vlastník majitelem řady ochranných známek založených na jednotícím motivu, pak se doklady předložené za účelem prokázání jejich řádného užívání mohou do značné míry překrývat a prolínat. Lze jen přisvědčit závěru žalovaného *ochranná známka je řádně užívána tehdy, je-li užívána v souladu se svou hlavní funkcí, kterou je zaručení označení původu výrobků nebo služeb, pro které byla zapsána, aby vytvořila či zachovala odbyt pro tyto výrobky nebo služby, s vyloučením symbolického užití, které slouží pouze k zachování práv propůjčených ochrannou známkou. Za užívání se (§ 13 odst. 2 písm. a) ZOZ) rovněž považuje užívání ochranné známky v podobě, která se od podoby, ve které byla ochranná známka zapsána, liší prvky neměnicími její rozlišovací způsobilost.*
54. V této souvislosti soud nemohl vejít ani na (*třetí*) žalobní tvrzení o nedostatečně zjištěném skutkovém stavu, neúplném, nesprávném a rozporném hodnocení provedených důkazů, pro které žalovaný dospěl k nesprávným skutkovým závěrům, nesprávnému právnímu posouzení podobnosti porovnávaných označení v distinktivních/nedistinktivních prvcích, že se žalovaný vůbec nezabýval tím, které prvky jsou dominantní a distinktivní a které nejsou, že za vyhovující považoval jakékoliv užívání, které se od zapsané podoby příliš neliší, resp. které je více méně ekvivalentní zapsané OZ, když podle žalobce zákon

vyžaduje podobnost zcela ekvivalentní na hraně identičnosti, lišící se maximálně v podružných a na první pohled prakticky pro spotřebitele nepostřehnutelných detailech, a konečně, že žalovaný nehodnotil a nesrovnával zapsanou ochrannou známku s údajně užívaným označením z pohledu průměrného spotřebitele s ohledem na celkový dojem obou označení s přihlédnutím k dominantním a distinktivním prvkům, tyto mezi sebou nesprávně neporovnával, pominul odlišný celkový dojem srovnávaných označení a zcela pominul některé distinktivní prvky, v nichž se označení užívané liší od označení přihlašovaného, aniž by tento postup vysvětlil a kdy nesprávně přehlédl významné odlišnosti mezi přihlášeným označením a prokazovaným užíváním označení v rovině vizuální, fonetické i v rovině celkového dojmu.

55. Uvedená žalobní tvrzení jsou v příkrém rozporu s odůvodněním žalobou napadeného rozhodnutí, v němž žalovaný podle závěru soudu zcela v souladu se zákonem, logicky a za podpory příléhavé judikatury posoudil podobu napadené ochranné známky, v níž má být/je na trhu užívána. Osobou zúčastněnou na řízení (vlastníkem) předkládané doklady totiž nejprve jednotlivě označil (CD1 bod 1-28, listinné důkazy bod 29, CD3 bod 30, CD4 bod 31-37, na straně 12-14 rozhodnutí), poukázal na hodnocení Úřadu, ze kterého citoval (str. 14-15 rozhodnutí) a s ohledem na obsah spisu po provedeném průzkumu dokladů považoval za zřejmé, že vyobrazení prezentovaná vlastníkem představují označení užívaná na obalech konkrétních výrobků (sýrů, v ojedinělých případech sýrových omáček), a to v pozici ochranné známky jako její stěžejní a distinktivní část s tím, že samozřejmě reálné výrobky, resp. jejich obaly neobsahují toliko uvedené vyobrazení, ale jsou doplněny řadou dalších prvků – slovních i obrazových. Žalovaný se vyjádřil i k podobám obalů, na něž v této souvislosti žalobce poukazoval. V rozhodnutí vyobrazené obaly žalovaný jednotlivě posuzoval, kdy konkrétně, přesně a výstižně popsal prvky vyobrazení, pojednal o jejich vnímání spotřebitelem a důvodech, proč takové vnímání spotřebitele uvážil (str. 18-20 rozhodnutí). Vypořádal se i se skutečností, že provedení napadené OZ je jiné oproti provedení v dokladech předložených vlastníkem. Přisvědčil posouzení Úřadu, že vlastník ochranné známky může provádět její obměny, které beze změny její rozlišovací způsobilosti umožňují lépe se přizpůsobit požadavkům uvádění na trh a propagaci dotčených produktů, včetně poukazu na shora již zmíněný rozsudek SDEU, a shledal, že co do povahy lze její užívanou podobu v prezentovaných vyobrazeních považovat za souladnou s § 13 odst. 2 písmeno a) ZOZ. Žalovaný argumentaci Úřadu doplnil, uvedl rozdíly porovnávaných označení a zdůraznil, že ač úvodní části popsaných sousloví jsou vizuálně a foneticky odlišné, obsahově jsou v podstatě analogické. Z toho vzal za evidentní, že v podstatě jediný rozdíl mezi zapsanou podobou napadené OZ a její podobou, která se vedle dalších nedistinktivních prvků vyskytuje na obalech příslušných výrobků reálně užívaných na trhu, spočívá v užití rozdílných, avšak obsahově analogických, popisných, a tudíž nedistinktivních výrazech „Extra“, resp. „Super“, přičemž tato odlišnost nemá vliv na rozlišovací způsobilost zapsané ochranné známky (str. 21-24).
56. Soud tak opětovně, jak již bylo shora uvedeno k obdobným/prolínajícím se námitkám žalobce, poukazuje na závěr žalovaného a Úřadu, že vlastník předloženými doklady prokázal řádné užití napadené OZ na trhu v rozhodném období pro výrobky sýry, a to v podobách neměnicích její rozlišovací způsobilost. Přičemž podmínka řádného užívání může být s ohledem na četnou judikaturu splněna i v případech, kdy je ochranná známka užívána pouze v rámci jiné kombinované ochranné známky nebo ve spojení s jinou kombinovanou známkou, jejich kombinace je navíc též zapsána, co by ochranná známka. To vše je za předpokladu, že posuzovaná ochranná známka neztrácí schopnost být

vnímána jako údaj o obchodním původu daných výrobků (viz rozsudek Tribunálu T-397/15 ve věci „PAL“, či rozsudek SDEU C-252/12 ve věci „Specsavers“). Pokud je tedy vlastník majitelem řady ochranných známek založených na jednotícím motivu, pak se doklady předložené za účelem prokázání jejich řádného užívání mohou do značné míry překrývat a prolínat (str. 25 rozhodnutí).

57. K tomu soud ve shodě se stanoviskem žalovaného ve vyjádření k žalobě konstatuje, že ochranná známka je řádně užívána tehdy, je-li užívána v souladu se svou hlavní funkcí, kterou je zaručit označením původu výrobku nebo služeb, pro které byla zapsána, aby vytvořila nebo zachovala odbyt pro tyto výrobky nebo služby s vyloučením symbolického užití, které slouží pouze k zachování práv propůjčených ochrannou známkou. Za užívání se rovněž považuje užívání ochranné známky v podobě, která se od podoby, ve které byla ochranná známka zapsána, liší prvky neměnicími její rozlišovací způsobilost ve smyslu § 13 odst. 2 písm. a) ZOZ.
58. Lze tak uzavřít, že se žalovaný zabýval podobou napadené OZ, v níž má být/je na trhu užívána obsáhle ve svém rozhodnutí, v němž výstižně vysvětlil, z jakého důvodu rozkladovou argumentaci žalobce nepřijal a soud pro stručnost na rozsáhlé odůvodnění žalobou napadeného rozhodnutí v tomto směru odkazuje. Soud zdůrazňuje, že žalovaný nepřehlédl žádnou z významných odlišností porovnávaných označení v rovině vizuální a celkového dojmu, jak je zřejmé ze shora popsaného odůvodnění žalobou napadeného rozhodnutí. Je pravdou, že se žalovaný fonetickým posouzením nezabýval, je tomu tak ale proto, že nebylo rozkladem napadeno. Žalobce tak žalovanému nemůže vytýkat, že tak nečinil, když sám proti nesprávnosti fonetického posouzení Úřadem nebrojil. Sám žalobce v žalobě vady fonetického posouzení Úřadem konkrétně nerozporoval, soud se k nim proto nevyjadřuje.
59. V *pátém* žalobním bodu žalobce shora popsané závěry žalovaného považoval za porušení zásady spravedlivého očekávání a předvídatelnosti správního rozhodnutí, aniž by blíže konkretizoval, v čem porušení těchto zásad spočívá. Vzhledem k tomu, že soud nemůže za žalobce domýšlet žalobní argumentaci, odkazuje na dříve uvedené odůvodnění, v němž plně přisvědčil právnímu posouzení zjištěného skutkového stavu Úřadem a žalovaným, a pro stručnost na ně odkazuje.
60. S ohledem na dříve uvedenou argumentaci soudu k podstatě sporu, tedy zjištění, zda užívanou podobu ochranné známky lze ve smyslu § 13 odst. 2 ZOZ považovat za podobu neměnicí rozlišovací způsobilost napadené OZ, soud odmítá tvrzení žalobce v *šestém* žalobním bodu, že žalovaný nesprávně vyložil pojem řádného užívání, užívání v podobě neměnicí rozlišovací způsobilost, že tak učinil extenzivně a rozšířil přesně vymezený způsob, jak lze užívání označení prokázat, a opětovně na shora uvedené důvody odkazuje.
61. Pro svou obecnost se soud nemohl zabývat *sedmou* žalobní námitkou o vybočení z mezí ustanovení § 1 ZOZ, které vymezuje primární funkci ochranné známky. Soud proto pouze v obecné rovině uvádí, že porušení tohoto ustanovení postupem Úřadu a žalovaného neshledal.
62. V hrubém rozporu s odůvodněním rozhodnutí správních orgánů obou stupňů je tvrzení žalobce v *osmém* žalobním bodu, podle kterého je postup žalovaného v rozporu s komunitární úpravou a jeho vlastní rozhodovací praxí. Jak již bylo předně zmíněno Úřad a žalovaný při své argumentaci hojně odkazovali na relevantní právní úpravu a rozhodovací praxi orgánů EU (národní právní úprava, Pařížská úmluva, judikatura

Tribunálu i SDEU). Vzhledem k tomu, že žalobce opět blíže nespecifikoval konkrétní komunitární úpravu, kterou měli svým postupem narušit, soud i v tomto rozsahu žalobní námitku odmítá. Soud si je vědom, že zástupce žalobce (až) při ústním jednání své zcela nekonkrétní, obecné a strohé tvrzení o nejednotnosti vlastní rozhodovací praxe žalovaného obsáhlým přednesem rozvinul. Stalo se tak až na samé hranici projednatelnosti tohoto dílčího žalobního tvrzení z hlediska (ne)dodržení zásady koncentrace žalobních bodů v dvou měsíční zákonné lhůtě (§ 72 odst. 1 ve spojení s § 71 odst. 2 s.ř.s.). Uvedené platí tím spíše, že je žalobce zastoupen právním zástupcem/advokátem.

63. Pro úplnost soud ale uvádí, že se žalobcem označené případy týkaly řízení s jiným předmětem. Ve věci ochranné známky zn. sp. 275574 se jednalo o řízení dle § 32 odst. 1, 2 ZOZ na prohlášení *neplatnosti* ochranné známky pro rozpor s ust. § 4 (absolutní zápisnou nezpůsobilost) a s § 7 odst. 1 písm. a) ZOZ (shodnost/podobnost, pravděpodobnost záměny přihlašovaného označení se starší ochrannou známkou). Naproti předmětem řízení v nyní projednávané věci dle § 31 odst. 1 písm. a) ve spojení s § 13 odst. 2 ZOZ byl návrh na *zrušení* napadené OZ *pro neužívání*, respektive, zda vlastník prokázal její *řádné užívání v podobě, která se od podoby, ve které byla ochranná známka zapsána, liší prvky neměnicími její rozlišovací způsobilost*, tedy v řízení zcela odlišném.
64. Rozsudek Nejvyššího soudu ve věci sp. zn. 23 Cdo 4046/2010 ze dne 28. 8. 2012 je zrušujícím rozsudkem ve věci žaloby právního předchůdce vlastníka napadené OZ (TPK, spol. s r.o.) o zákazu užívání ochranné známky APETINA na území České republiky, řešící otázku rozlišovací způsobilosti ve vztahu k OZ APETITO dle § 51 odst. 1 písm. b) ZOZ, tedy opět v jiné věci než je tomu v nyní projednávané.
65. K rozhodnutí EUIPO, se soud nevyjadřuje, neboť bylo předloženo pouze v anglickém jazyce bez českého překladu.
66. Ke všem namítaným rozhodnutím, předložených žalobcem při ústním jednání k tvrzení o nejednotnosti rozhodovací praxe žalovaného, soud ve shodě s vyjádřením zástupkyně žalovaného při ústním jednání doplňuje, že ve správním řízení žalobce tuto argumentaci neuplatnil, ale poukazoval na jiné rozhodnutí Úřadu (sp. zn. O-158975), k němuž žalovaný ovšem své stanovisko zaujal a vysvětlil, z jakého důvodu k němu nemohl přihlídnout (str. 25 rozhodnutí). Ve shodě se žalovaným soud dále dodává, že míra distinktivy napadené OZ nebyla předmětem správního řízení v projednávané věci, ale bylo jím posouzení, zda vlastník (OZŘ) prokázal, že známku užívá, byť s odlišnými prvky, v *podobě*, která nemění její rozlišovací způsobilost oproti jejímu zápisu v rejstříku OZ. Je přitom nerozhodné, jaké termíny při argumentaci Úřad a žalovaný uvedli k označení rozhodného/společného motivu, tj. zda užili pojmy „nosný“, „jednotící“, „jediný distinktivní motiv“, „dominantní a distinktivní“ apod. Z odůvodnění jejich rozhodnutí je totiž zřejmé, že neposuzovali zápisnou způsobilost napadené OZ dle § 4 ZOZ, její podobnost/shodnost a pravděpodobnost záměny ve vztahu přihlašované označení vs. starší ochranná známka k námitkám vlastníka starší OZ dle § 7 odst. 1 písm. a) téhož zákona, ani míru rozlišovací způsobilosti ve vztahu k jiné známce.
67. Soud proto žalobu jako nedůvodnou podle ustanovení § 78 odst. 7 s.ř.s. zamítl.
68. Výrok o nákladech řízení je odůvodněn ustanovením § 60 odst. 1 s.ř.s. Žalobce nebyl ve věci úspěšný, žalovanému správnímu orgánu, který měl úspěch, však důvodně vynaložené náklady řízení nevznikly.

69. Výrok o nákladech řízení osoby zúčastněné nařízení je odůvodněn ustanovením § 60 odst. 5 s.ř.s., neboť soud osobě zúčastněné na řízení ničeho neuložil. Náklady řízení proto nemohl přiznat.

Poučení:

Proti tomuto rozhodnutí lze podat kasační stížnost ve lhůtě dvou týdnů ode dne jeho doručení. Kasační stížnost se podává ve dvou (více) vyhotoveních u Nejvyššího správního soudu, se sídlem Moravské náměstí 6, Brno. O kasační stížnosti rozhoduje Nejvyšší správní soud.

Praha 28. února 2020

JUDr. Ivanka Havlíková v. r.
předsedkyně senátu