

ČESKÁ REPUBLIKA

ROZSUDEK JMÉNEM REPUBLIKY

Nejvyšší správní soud rozhodl v senátě složeném z předsedkyně JUDr. Elišky Cihlářové a soudců JUDr. Karla Šimky a JUDr. Jaroslava Hubáčka v právní věci žalobce: **CCB, spol. s r.o.**, se sídlem Okružní 17, Brno, zastoupen JUDr. Milanem Vašíčkem, advokátem se sídlem Lidická 57, Brno, proti žalovanému: **Úřad průmyslového vlastnictví**, se sídlem Antonína Čermáka 2a, Praha 6, za účasti osob zúčastněných na řízení: **1) Česká golfová federace, občanské sdružení**, se sídlem Strakonická 2860/4, Praha 5, zastoupená Mgr. Ondřejem Čerychem, advokátem se sídlem Národní 32, Praha 1, **2) Golfový klub Líšnice, o. s.,** se sídlem v Mníšku pod Brdy, **3) ATEMI, spol. s r.o.**, se sídlem Velvarská 1626/45, Praha – Dejvice, zastoupená Mgr. Matějem Sedláčkem, patentovým zástupcem se sídlem Ke Kateřinkám 1393, Praha 4, v řízení o kasační stížnosti žalobce proti rozsudku Městského soudu v Praze ze dne 22. 9. 2010, č. j. 7Ca 52/2007 – 192,

takto:

I. Kasační stížnost **se zamítá**.

II. Žádný z účastníků **nemá** právo na náhradu nákladů řízení.

III. Osoby zúčastněné na řízení **nemají** právo na náhradu nákladů řízení.

Odůvodnění:

Městský soud v Praze rozsudkem ze dne 22. 9. 2010, č. j. 7 Ca 52/2007 – 192, zamítl žalobu podanou žalobcem (dále jen „stěžovatel“) proti rozhodnutí Úřadu průmyslového vlastnictví (dále jen „Úřad“) ze dne 19. 12. 2006, zn. O-114534, kterým bylo změněno rozhodnutí Úřadu ze dne 28. 11. 2003, zn. O-114534, č. j. 86787/2002, 93608/2002, 52504/2003 tak, že ochranná známka č. 208342 ve znění „GOLF“ se podle ust. § 32 odst. 1 zákona č. 441/2003 Sb., ve znění pozdějších předpisů, (dále jen „zákon o ochranných známkách“) prohlašuje za neplatnou. V odůvodnění rozsudku městský soud uvedl, že stěžovatel užíval označení popisné, přičemž nevyloučil prolomení zásady nemožnosti

získání rozlišovací způsobilosti u popisných označení předložením důkazů výjimečné důkazní síly, které jednoznačně získání rozlišovací způsobilosti prokážou. Městský soud zohlednil stěžovatelův podíl na trhu, periodicitu časopisu GOLF, dobu užívání označení GOLF ve vztahu k relevantní veřejnosti, pro kterou jsou určeny časopisy s golfovou tématikou, tj. minimálně registrované hráče golfu. Podle evidence České golfové federace bylo u ní v roce 1998 cca 5500 členů, v roce 2002 cca 13 000 členů, v roce 2003 16 000 členů a v roce 2006 cca 28 000 členů. Stěžovatel prokazoval získání rozlišovací způsobilosti označení GOLF zejména počtem svých předplatitelů (5100), dobou užívání tohoto označení pro svůj časopis (od roku 1998), periodicitou časopisu (měsíčník) a geografickým rozšířením (území České republiky). Na území České republiky podle evidence periodického tisku Ministerstva kultury pak byla kromě časopisu stěžovatele vydávána další tři periodika s golfovou tématikou. Jednalo se o časopisy „ČESKÝ GOLF – GOLF LION“ vydávaný měsíčně v období roku 1998 – 2006, „GOLF“ vydávaný 9x ročně v období roku 1995 – 1998 a „REVUE TENIS – GOLF“ vydávaný čtvrtletně v období roku 1995 – 2003. V období od zápisu ochranné známky do rejstříku ochranných známek, tj. od roku 1998, do roku 2006, kdy byla známka prohlášena za neplatnou, nebyl stěžovatel jediným původcem měsíčního periodika s golfovou tématikou. Jde-li o poměr předplatitelů a relevantní veřejnosti, je pro získání rozlišovací způsobilosti užívání označení nezbytné, aby přinejmenším významná část relevantní veřejnosti prostřednictvím tohoto označení rozpoznala, že se jedná o časopis, jehož původcem je stěžovatel. Z poměru předplatitelů a relevantní veřejnosti, kdy městský soud vycházel z údajů stěžovatele za rok 2003, lze dovodit, že časopis nebyl distribuován převládající části relevantní veřejnosti. V této souvislosti lze poukázat na závěry rozsudku Soudního dvora EU ze dne 29. 9. 2010, CNH Global NV v. OHIM, T-378/07. Relevantní spotřebitelé, tedy hráči a příznivci golfové hry, si tedy nejsou jednoznačně schopni předmětné označení dát do souvislosti pouze se stěžovatelem. Stěžovatel neprokázal nabytí rozlišovací způsobilosti pro jím užívanou ochrannou známku.

Proti tomuto rozsudku podal stěžovatel v zákonné lhůtě kasační stížnost z důvodů uvedených v ustanovení § 103 odst. 1 písm. a) a d) s. ř. s. V kasační stížnosti poukázal na to, že městský soud se nezabýval jeho dalšími relevantními tvrzeními a důkazy, a to důkazy o marketingové, reklamní a propagační činnosti, důkazy užívání ve spise Úřadu, délkou doby a intenzitou užívání. Zcela pominul argumentaci, že vydávání periodika s označením GOLF společností Motion Picture Artists Copany, spol. s r. o. bylo v srpnu 1998 zastaveno po upozornění na porušování práv z ochranné známky stěžovatele. Z pouhého výpisu z evidence Ministerstva kultury nelze v žádném případě spolehlivě dovodit, že periodika „ČESKÝ GOLF – GOLF LION“, „GOLF“ a „REVUE TENIS – GOLF“ byla také skutečně vydávána, a pokud byla, tak v jakém nákladu a od kdy. Prokázání těchto skutečností je přitom velmi významné pro posouzení výlučnosti užívání ochranné známky stěžovatelem. Prostým zjištěním, že uvedená periodika existují, vzal městský soud za prokázaný i dostatečně intenzívní důvod k vyloučení stěžovatele z výlučného užívání předmětného označení. Podle stěžovatele je otázka, zda v rozhodném období vycházely časopisy se stejnou tématikou, irelevantní. V zásadě by totiž nemohlo nikdy nabýt rozlišovací způsobilosti žádné označení, neboť v drtivé většině případů existuje více konkurenčních produktů. Rozlišovací způsobilost by postrádalo např. i označení Coca Cola, protože existují další výrobci zabývající se výrobou nápojů na podobné bázi, dokonce mnozí z nich mají ve svém názvu slovo Coca či Cola. Totéž platí i pro argumentaci městského soudu ohledně předplatitelů, neboť velmi málo subjektů na

trhu disponuje tržní většinou. Tržní podíl stěžovatele pohybující se v roce 2003 na úrovni jedné třetiny je velmi vysoký. Svědčí naopak o tom, že rozlišovací způsobilost jeho označení právě pro vysoký tržní podíl nabýt mohlo, a také nabylo. Městský soud zaměnil otázku, pro jako část relevantní veřejnosti je označení identifikováno právě s příslušným produktem (časopisem stěžovatele), s otázkou, jaký je objem produktu. První otázka je relevantní, druhá již méně a městský soud se jí zabýval nesprávně. Slovní ochrannou známku Golf mají zapsanou i výrobci kosmetických produktů či automobilů. Kdyby se na tyto případy aplikoval názor městského soudu, tak by u těchto označení nebyla dána rozlišovací způsobilost. Téměř nikdo si slovo „golf" obecně nespojí s automobilem či kosmetických prostředkem. Ovšem zcela jiná je situace na relevantní části trhu, kdy při úvahách o automobilech si relevantní veřejnost jednoznačně toto slovo spojí s produktem společnosti VOLSKSWAGEN AG. Pokud mají dotčená označení dostatečnou rozlišovací způsobilost pro produkty zmiňovaných společností, proč by stejné označení nemělo mít dostatečnou rozlišovací způsobilost pro časopis stěžovatele

Dále stěžovatel namítal, že dovozovat absenci distinktivnosti označení pouze z toho, že se časopis zabývá golfovou tématikou, je nesprávné. Obdobně by bylo možno argumentovat proti ochranné známce RYBÁŘSTVÍ, PRAKTICKÁ ŽENA či PRÁVNÍK. V tomto směru by proto měl být předchozí právní názor Nejvyššího správního soudu přehodnocen. Zcela nedůvodně totiž znevýhodňuje stěžovatele oproti jiným subjektům na trhu a stěžovatel poukazuje na to, že v jiných případech Úřad k takovému formalistickému postupu ve vztahu k výše zmiňovaným ochranným známkám nepřistoupil. Stěžovatel dále poukazuje na to, že zde existuje pravomocné správní rozhodnutí, že označení stěžovatele má rozlišovací způsobilost, s čímž se měl správní orgán vypořádat a uvést, proč se s ním neztotožňuje a z jakých důvodů. Jinak je jeho rozhodnutí nepřezkoumatelné. S ohledem na uvedené stěžovatel navrhl, aby Nejvyšší správní soud rozsudek městského soudu zrušil a věc mu vrátil k dalšímu řízení.

Česká golfová federace, občanské sdružení (dále jen „osoba zúčastněná na řízení") ve vyjádření ke kasační stížnosti uvedla, že slovní prvek GOLF je jistě distinktivní vzhledem k výrobkům, které s golfem nesouvisejí, např. automobilům. Nelze ale souhlasit se stěžovatelem v tom, že mezi tyto výrobky spadají časopisy týkající se golfové problematiky. Pokud je časopis o golfu vydávaný pod označením GOLF, jde jistě o více než o pouhé sugestivní označení. Ochranná známka GOLF neobsahuje žádné další prvky, které by jí mohly zajistit dostatečnou rozlišovací způsobilost. Tu může označení nabýt pouze v případě kvalifikovaného užívání, které je dlouhodobé, výlučné, pro svého majitele příznačné a které není porušením práv třetí osoby. Z materiálů předložených stěžovatelem nelze dovodit, že by to byl právě stěžovatel, kdo v letech 1998 – 2002 vydával časopis GOLF, neboť v uvedeném období prováděl pouze redakci časopisu. V období před podáním přihlášky, a také v době po jejím zápisu, vycházela celá řada periodik obsahujících v názvu slovo „GOLF". Užívání předmětného označení osobou zúčastněnou na řízení jako subjektu odlišného od stěžovatele vylučuje, aby označení „GOLF" nabylo rozlišovací způsobilost pro stěžovatele. V souvislosti s rozhodnutím týkajícím se zamítnutí návrhu na výmaz ochranné známky podaného společností Motion Pictures Artists Company, spol. s r.o. je podstatné pouze to, že navrhovatel neunesl důkazní břemeno, a proto byl jeho návrh zamítnut. Vzhledem k uvedenému osoba zúčastněná na řízení navrhla zamítnutí kasační stížnosti.

Nejvyšší správní soud se nejprve zabýval přípustností kasační stížnosti. Podle § 104 odst. 3 s. ř s. je kasační stížnost nepřípustná proti rozhodnutí, jímž soud rozhodl znovu poté, kdy jeho původní rozhodnutí bylo zrušeno Nejvyšším správním soudem; to neplatí, je-li jako důvod kasační stížnosti namítáno, že se soud neřídil závazným právním názorem Nejvyššího správního soudu. Otázkou rozlišovací způsobilosti označení „GOLF“ ve vztahu k časopisu o golfu se zabýval Nejvyšší správní soud již v předchozím rozsudku v této věci ze dne 9. 4. 2009, č. j. 7 As 56/2008 – 170, přičemž městský soud v napadeném rozsudku právní názor vyslovený Nejvyšším správním soudem respektoval. Stížní námitky, v nichž stěžovatel požaduje přehodnocení právního názoru na otázku rozlišovací způsobilosti označení „GOLF“ pro časopis o golfu jsou tak ve smyslu citovaného ustanovení nepřípustné. Na ostatní stížní námitky se však důvody nepřípustnosti nevztahují.

Nejvyšší správní soud proto přezkoumal napadený rozsudek v souladu s ustanovením § 109 odst. 2 a 3 s. ř. s., vázán rozsahem a důvody, které uplatnil stěžovatel v podané kasační stížnosti, a přitom sám neshledal vady uvedené v odst. 3, k nimž by musel přihlédnout z úřední povinnosti.

Namítal-li stěžovatel v kasační stížnosti nepřezkoumatelnost rozsudku městského soudu pro nedostatek důvodů pro závěr o tom, že neprokázal získání rozlišovací způsobilosti označení svého časopisu, lze odkázat na ustálenou judikaturu Nejvyššího správního soudu. Podle ní je rozsudek ve smyslu § 103 odst. 1 písm. d) s. ř. s. nepřezkoumatelný, není-li z jeho odůvodnění zřejmé, proč soud nepovažoval za důvodnou právní argumentaci účastníka řízení v žalobě a proč jeho žalobní námitky považuje za nedůvodné nebo vyvrácené, a to zejména tehdy, jde-li o právní argumentaci, na níž je postaven základ žaloby. Soud, který se vypořádává s takovou argumentací, ji nemůže jen pro nesprávnost odmítnout, ale musí také uvést, v čem konkrétně její nesprávnost spočívá (viz rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 14. 7. 2005, č. j. 2 Afs 24/2005 – 44, publ. pod č. 689/2005 Sb. NSS a na www.nssoud.cz). Z obsahu odůvodnění napadeného rozsudku je zřejmé, že městský soud na základě žalobní námitky přezkoumal závěr Úřadu o neprokázání nabytí rozlišovací způsobilosti. V tomto směru podrobně vyložil, jaké skutečnosti vzal v úvahu a o jaká kriteria své hodnocení opíral. Pokud pominul doklady o marketingové propagaci časopisu GOLF či existenci dřívějšího rozhodnutí správního orgánu I. stupně, jež se týkalo návrhu na výmaz ochranné známky stěžovatele podaný společností Motion Pictures Artists Company, spol. s r.o., na které stěžovatel poukazoval v poměrně nepřehledné žalobě, v níž splývá rekapitulační část s částí argumentační, jedná se pochybení městského soudu, které však nemělo vliv na zákonnost jeho rozsudku. Jak je dále uvedeno, pro prokázání získání rozlišovací způsobilosti je podstatné doložení objektivního stavu, zda relevantní veřejnost identifikuje pod názvem GOLF právě a jen časopis stěžovatele a je schopna toto označení odlišit od ostatních periodik o golfu, a v tomto smyslu rozsudek městského soudu z hlediska judikaturou Nejvyššího správního soudu formulovaných kritérií přezkoumatelnosti obstojí.

Stěžovatel dále namítal, že Úřad se nevypořádal s tím, že ve věci dřívějšího návrhu na výmaz podaného společností Motion Pictures Artists Company, spol. s r. o. rozhodl správní orgán I. stupně odlišně. Úřad v odůvodnění napadeného rozhodnutí uvedl, že se tímto rozhodnutím necítí být vázán, neboť názor vyslovený orgánem I. stupně nelze považovat za precedenční, a rovněž uvedl úvahy, o něž opřel svůj závěr o nedostatečnosti

rozlišovací způsobilosti označení GOLF ve vztahu k časopisu stěžovatele. S uvedeným právním názorem Úřadu se Nejvyšší správní soud ztotožňuje. Tato stížní námitka proto také není důvodná.

Předmětem přezkumu v tomto případě je, zda stěžovatel prokázal, že jím používané označení „GOLF“ pro časopis zaměřený na golfovou tematiku získalo rozlišovací způsobilost užíváním. V rozsudku ze dne 9. 4. 2009, č. j. 7 As 56/2008 – 170 dospěl Nejvyšší správní soud k závěru, že označení „GOLF“, jež má být registrováno jako slovní ochranná známka (bez dalších grafických prvků) pro časopis o hře golf, sděluje relevantní veřejnosti pouze to, že se jedná o časopis o této hře, a nijak ještě samo o sobě dotyčný časopis neodlišuje od jiných časopisů zaměřených na tuto tematiku. Tím však ještě není vyloučeno, aby označení „GOLF“ získalo na základě užívání rozlišovací způsobilost.

Směrnice Rady 89/104/EHS, kterou se sbližují právní předpisy členských států o ochranných známkách (dále jen „směrnice“), v čl. 3 stanoví důvody pro zamítnutí či neplatnost. V bodě 1. tohoto ustanovení stanoví, že do rejstříku nebudou zapsány a jsou-li zapsány, budou prohlášeny neplatnými: a) označení, která nemohou tvořit ochrannou známku; b) ochranné známky, které postrádají rozlišovací způsobilost; c) ochranné známky, které jsou tvořeny výlučně označeními nebo údaji, které mohou sloužit v oblasti obchodu k označení druhu, jakosti, množství, účelu, hodnoty, zeměpisného původu nebo doby výroby zboží nebo poskytnutí služby nebo jiných jejich vlastností. Čl. 3 bod 3 citované směrnice pak stanoví, že přihláška ochranné známky nebude zamítnuta nebo v případě, že je ochranná známka zapsána, nebude prohlášena za neplatnou podle odst. 1 písm. b), c) nebo d), pokud před podáním přihlášky a v důsledku užívání získala rozlišovací způsobilost. Nadto mohou členské státy stanovit, že toto ustanovení se použije také v případě, že rozlišovací způsobilost byla získána po dni podání přihlášky ochranné známky nebo po dni jejího zápisu.

Podle ust. § 52 odst. 1 zákona o ochranných známkách ochranné známky zapsané podle dřívějších právních předpisů zůstávají v platnosti. Je-li podán návrh na prohlášení ochranné známky za neplatnou z důvodu jejího zápisu v rozporu se zákonem, posuzuje se zápisná způsobilost ochranné známky podle zákona platného v době zápisu ochranné známky do rejstříku. Ochranná známka však nebude prohlášena za neplatnou, je-li její zápis v souladu s tímto zákonem.

Podle ust. § 2 odst. 1 písm. b) a c) zákona č. 137/1995 Sb., o ochranných známkách, ve znění účinném ke dni 25. 3. 1998, (zápis ochranné známky GOLF do rejstříku ochranných známek) je ze zápisu do rejstříku vyloučeno označení, které nemá způsobilost rozlišit výrobky nebo služby a označení, které je tvořeno výlučně ze značek nebo údajů sloužících v obchodě k určení druhu, jakosti, množství, účelu, hodnoty výrobků nebo služeb, z údajů o zeměpisném původu nebo o době výroby výrobku, či poskytnutí služby.

Podle ust. § 52 odst. 4 zákona o ochranných známkách, byl-li přede dnem nabytí účinnosti tohoto zákona podán návrh na výmaz podle § 25 dosavadního zákona (č. 137/1995 Sb.), bude projednán jako návrh na zrušení ochranné známky nebo prohlášení ochranné známky za neplatnou při splnění podmínek a s účinky stanovenými v tomto zákoně.

Podle ust. § 32 odst. 1 zákona o ochranných známkách Úřad v řízení zahájeném na návrh třetí osoby nebo z vlastního podnětu prohlásí ochrannou známku za neplatnou, pokud byla zapsána v rozporu s § 4 nebo § 6.

Podle ust. § 32 odst. 2 zákona o ochranných známkách, byla-li ochranná známka zapsána v rozporu s § 4 písm. b) nebo c) anebo d), nebude prohlášena za neplatnou, pokud v důsledku užívání získala po svém zápisu rozlišovací způsobilost pro výrobky nebo služby, pro které je zapsána.

Smyslem ust. § 32 odst. 1 zákona o ochranných známkách je neposkytnout ochranu takovému označení, které neplní funkci ochranné známky, tj. funkci označení původu, čili není schopno zákazníkovi (zájemci o koupi) jednoznačně a nezaměnitelně identifikovat výrobek s jeho původcem (srov. např. rozhodnutí Soudního dvora EU ze dne 4. října 2001, *Merz & Krell,* C-517/99, Recueil, s. I-6959, bod 21, 22, ze dne 29. 9. 1998, *Canon Kabushiki Kaisha v. Metro-Goldwyn-Mayer Inc.* „CANON", C - 39/97, Recueil, s. I-550). Tuto funkci z povahy věci nemohou plnit označení popisná, která nemají rozlišovací způsobilost či slouží výlučně k označení druhu, jakosti, množství, účelu, hodnoty, zeměpisného původu nebo doby výroby výrobků nebo poskytnutí služby nebo k označení jiných jejich vlastností. Registrace takových označení by popřela uvedený účel ochranné známky a v důsledku toho by byli vyloučeni či podstatně omezeni konkurenti vyrábějící výrobek či nabízející službu v rámci stejného odvětví, kterou dané označení popisuje a došlo by k narušení poctivé a svobodné soutěže v rámci daného odvětví. Stěžovatelův poukaz na ochrannou známku COCA-COLA či VOLKSWAGEN GOLF proto není v této souvislosti na místě, neboť se nejedná o označení, jež by původně byla čistě popisná ve výše uvedeném smyslu nebo bez rozlišovací způsobilosti v daném odvětví. Směrnice 89/104/EHS i zákon o ochranných známkách však připouští registraci i takových označení za podmínky, že v důsledku dlouhodobého užívání získají kvalitu, kterou by popisné označení samo o sobě v relevantním odvětví nikdy nemohlo mít. Touto kvalitou je postupné získání rozlišovací způsobilosti v rámci podstatné skupiny zákazníků. Úřad v příslušném řízení posuzuje získání či nezískání rozlišovací způsobilosti označení na základě dokladů předložených přihlašovatelem ochranné známky a porovnává je s obsahem veřejně dostupných databází označení, zejména registru ochranných známek, a případně s důkazy předloženými namítateli.

Získání rozlišovací způsobilosti jako určité kvality příslušného označení lze dovodit pouze na základě toho, že by označení „GOLF" průměrný spotřebitel v rámci relevantní veřejnosti (definované nejspíše jako čtenáři časopisů o golfu) vnímal v kategorii produktů, pro níž stěžovatel požaduje ochranu zmíněného označení, tj. časopisy, jako příznačné právě a jen pro časopis stěžovatele, pod tímto označením si v rámci periodik o golfu tento časopis identifikoval a bez obtíží, jako by automaticky, jej odlišil od ostatních periodik o golfu.

Soudní dvůr EU se problematikou prokázání získání rozlišovací způsobilosti opakovaně zabýval a vyslovil základní kriteria, v rámci nichž lze dovodit získání rozlišovací způsobilosti užíváním. Soudní dvůr EU dospěl v rozhodnutí ze dne 4. 5. 1999, *Windsurfing Chiemsee,* C-108/97 a C-109/97, Recueil, s. I-02779 k závěru, že pro posouzení rozlišovací způsobilosti ochranné známky, která je předmětem přihlášky, mohou být zohledněny zejména podíl na trhu, který ochranná známka zaujímá, intenzita, geografické

rozšíření a doba užívání této ochranné známky, výše investic vynaložených podnikem na její propagaci, poměr zúčastněných kruhů, které identifikují výrobky nebo služby jako pocházející od určitého podniku díky ochranné známce, a prohlášení obchodních a průmyslových komor nebo jiných profesních sdružení. Jestliže na základě takových poznatků má příslušný orgán za to, že zúčastněné kruhy nebo alespoň jejich podstatná část identifikují díky ochranné známce zboží jako pocházející od určitého podniku, musí v každém případě dospět k závěru, že podmínka zápisu ochranné známky vyžadovaná v čl. 3 odst. 3 směrnice, je splněna. Takové okolnosti nemohou být prokázány pouze na základě obecných a abstraktních údajů, jako jsou určité procentuální hodnoty. V rozhodnutí ze dne 29. 9. 2010, CNH Global NV v. OHIM, T-378/07, Soudní dvůr EU zdůraznil, že *„Pokud jde zadruhé o objemy prodejů a reklamní materiály, je třeba uvést, že podle judikatury tvoří vedlejší důkazy, které mohou popřípadě podpořit takové přímé důkazy o rozlišovací způsobilosti získané užíváním, jaké byly poskytnuty prostřednictvím prohlášení. Objemy prodejů a reklamní materiály jako takové totiž neprokazují, že veřejnost dotčená předmětnými výrobky vnímá označení jako údaj o obchodním původu.“* (bod. 54 rozhodnutí). V rozhodnutí ze dne 18. 6. 2002, Koninklijke Philips Electronics NV a Remington Consumer Products Ltd, C-299/99, Recueil, s. I-05475 Soudní dvůr EU vyslovil, že *„pokud je hospodářský subjekt jediný, kdo nabízí na trhu specifické zboží, stačí časté užívání označení spočívajícího ve tvaru tohoto zboží k tomu, aby byla tomuto označení poskytnuta rozlišovací způsobilost ve smyslu čl. 3 odst. 3 směrnice, pokud v důsledku tohoto užívání podstatná část zúčastněných kruhů spojuje tento tvar s tímto hospodářským subjektem, a nikoli s jiným podnikem, nebo se domnívá, že zboží, které má tento tvar, pochází od tohoto hospodářského subjektu. Nicméně, co se týče okolností, za jakých je splněna podmínka vyžadovaná uvedeným ustanovením, je věcí vnitrostátního soudu ověřit, zda jsou tyto okolnosti prokázány, na základě konkrétních a důvěryhodných údajů, zda je přihlédnuto k předpokládanému vnímání dotčené skupiny zboží nebo služeb průměrným spotřebitelem, běžně informovaným a přiměřeně pozorným a obezřetným, a zda k identifikaci zboží zúčastněnými kruhy jako pocházejícího od určitého podniku dochází díky užívání označení jako ochranné známky.“* (bod 65 rozhodnutí). Unést důkazní břemeno prokázání získání rozlišovací způsobilosti bude náročnější v případě, není-li dané označení v rámci odvětví užíváno výlučně jedním uživatelem,. Nicméně z judikatury Soudního dvora EU nevyplývá, že by to bylo zcela vyloučeno.

Stěžovatel tak byl povinen prokázat, že významná část relevantní veřejnosti časopis GOLF zná a bez jakékoliv možnosti jeho záměny s jiným periodikem o golfu, či obsahující v názvu slovo golf, je schopna tento časopis jednoznačně odlišit od ostatních časopisů o golfu a tedy si jej pod názvem „GOLF“ identifikovat.

Ze správního spisu vyplynulo, že stěžovatel získání rozlišovací způsobilosti dokládal skutečností, že od září 1998 vydává časopis GOLF, který navázal na časopis GOLF CLUB. Z evidence ochranných známek je zřejmé, že má zaregistrovanou slovní ochrannou známku „GOLF“, jež byla přihlášena dne 5. 9. 1996. Tato slovní ochranná známka byla k datu rozhodnutí Úřadu zapsána již pouze pro kategorii časopisy. Stěžovatel také doložil seznam předplatitelů časopisu GOLF, kopie titulních stránek časopisu, kopie smluv o poskytnutí marketingových a propagačních služeb na časopis GOLF, kopie objednávky inzerce v časopise GOLF, informace o ročence časopisu GOLF a České golfové federace.

Podle názoru Nejvyššího správního soudu Úřad ani městský soud nepochybily, pokud dospěly k závěru, že stěžovatel předloženými důkazy neprokázal, že došlo k takovému užívání označení, z něhož by bylo možno dovodit získání rozlišovací způsobilosti označení „GOLF“ pro časopis stěžovatele, a to zejména proto, že relevantní veřejnosti byla nabízena i jiná periodika obsahující v názvu slovo golf. Důkazy byla sice prokázána dlouhodobá existence a rozšířenost časopisu GOLF v rámci relevantní veřejnosti, ale nebyla prokázána skutečná existence asociace označení GOLF s časopisem stěžovatele, bez rizika zaměnitelnosti s jinými periodiky o golfu, jak požaduje judikatura Soudního dvora EU. V případě existence jiných periodik s tématikou golfu je nutné ve smyslu této judikatury trvat na tom, že stěžovatel je povinen prokázat, že relevantní veřejnost skutečně časopis GOLF zná a spojuje tento název právě s časopisem stěžovatele. Relevantní veřejností je nutno rozumět čtenáře v češtině vycházejících časopisů o golfu na území České republiky, nikoli pouze podmnožinu této skupiny v podobě předplatitelů konkrétního časopisu stěžovatele. Počet výtisků a předplatitelů, délka doby vydávání a míra propagace časopisu (poutače, webové stránky, reklama na časopis) jsou ve smyslu citované judikatury EU jedním z možných důkazů nasvědčujících možnému získání rozlišovací způsobilosti. Mají však spíše podpůrnou povahu a neprokazují ještě samy o sobě tuto kvalitu příslušného označení. Tu lze prokázat zpravidla pouze ve spojení s dalšími důkazními prostředky, např. metodologicky vhodně strukturovaným a dostatečně reprezentativním sociologickým průzkumem u relevantní veřejnosti. Z něho by mělo vyplynout, že průměrný spotřebitel v rámci relevantní veřejnosti (tedy ve svém souhrnu zcela výrazná většina relevantní veřejnosti) bez obtíží spojí ve své mysli v případě, že se bude zaobírat časopisy o golfu, pojem GOLF s časopisem stěžovatele a že si tento časopis nesplete s jiným obdobně zaměřeným nebo podobně pojmenovaným časopisem. Toto myšlenkové spojení by se mělo týkat i převážné většiny těch příslušníků relevantní veřejnosti, kteří časopis stěžovatele nesledují nebo sledují jen občas či nepravidelně, např. proto, že pravidelně sledují jiné časopisy o golfu. Rozlišovací způsobilost totiž bude v daném případě mít slovo GOLF jen tehdy, pokud bude takto působit v relevantní veřejnosti jako celku. Námitka stěžovatele, že periodikum „ČESKÝ GOLF – GOLF LION“ evidované od 2. 2. 1998 a „REVUE TENIS – GOLF 95“ evidované od 4. 5. 1995 do 28. 7. 2003, nikdy nevycházela, může být také relevantním podpůrným kriteriem, ovšem za předpokladu, že by stěžovatel prokázal, že relevantní veřejnosti nejsou tato periodika známa nebo že jí sice z nějakých důvodů známa jsou, ale nezaměňuje je s časopisem stěžovatele.

Pokud stěžovatel poukazoval na časopisy RYBÁŘSTVÍ, PRÁVNÍK či PRAKTICKÁ ŽENA je z veřejně dostupné databáze registrovaných známek patrné, že v případě časopisu RYBÁŘSTVÍ a PRÁVNÍK je v registru uvedeno, že označení získalo rozlišovací způsobilost a PRAKTICKÁ ŽENA je ochranná známka pro časopis registrovaná od roku 1994 s právem přednosti od roku 1992. Nejvyššímu správnímu soudu nepřísluší v tomto případě hodnotit distinktivnost označení PRAKTICKÁ ŽENA ve vztahu k časopisu pro ženy, ovšem zápis této ochranné známky zcela jistě vycházel z mnohaleté historické existence tohoto časopisu, který byl nabízen už před rokem 1989. Stěžovatel se ve svém případě dovolává rozlišovací způsobilosti uvedených názvů časopisů, která má podle jeho názoru stejnou kvalitu a důvody, o jaké se pravděpodobně opírají právě označení RYBÁŘSTVÍ, PRÁVNÍK nebo PRAKTICKÁ ŽENA. Pokud se však něčeho takového dovolává, musí ve vztahu k relevantní veřejnosti ve svém konkrétním

případě, která je nepochybně složena z podstatně jiného okruhu osob než u zmíněných tří časopisů, prokázat jím tvrzenou rozlišovací způsobilost, např. sociologickým průzkumem.

V souvislosti s existencí knih o golfu „Klíč k českým golfovým hřištím 1“ a „Klíč k českým golfovým hřištím 2“, katalogu GOLF cestovní kanceláře na zájezdy za golfem, kreditní karty Visa Golf, diplomů a korespondence golfového klubu, které předložili navrhovatelé výmazu, Nejvyšší správní soud uvádí, že stěžovatel požadoval zapsat ochrannou známku pro kategorii časopisy, takže je zásadně irelevantní, že slova GOLF se užívá i pro označení produktů v jiných kategoriích. Nejvyššímu správnímu soudu rovněž nepřísluší v daném případě hodnotit aspekty zaměnitelnosti označení GOLF pro časopis, pokud by byla prokázána získaná rozlišovací způsobilost, s jinými označeními obsahujícími slovo golf ve stejné kategorii, ani dokonce možnost těžení z dobré pověsti či poškození časopisu GOLF použitím označení na výrobcích či službách jiného odvětví (srov. rozsudky Nejvyššího správního soudu ze dne 2. 9. 2009, č. j. 1 As 41/2009 – 145, ze dne 24. 10. 2008, č. j. 4 As 31/2008 - 153 a ze dne 16. 7. 2009, č. j. 7 As 24/2009 - 142, dostupné na www.nssoud.cz). Pokud totiž stěžovatel prokáže získání rozlišovací způsobilosti označení jeho časopisu, nelze za splnění dalších požadavků zákona o ochranných známkách odepřít registraci tohoto označení v rámci příslušné kategorie. Poukaz osoby zúčastněné na řízení na to, že stěžovatel v období od roku 1998 do roku 2002 prováděl pouze redakci časopisu GOLF, čili časopis fakticky vytvářel, avšak nebyl jeho vydavatelem, není relevantní. Předmětem přezkumu byly stížní námitky vztahující se k tomu, zda stěžovatel prokázal, že pod označením GOLF si podstatná část relevantní veřejnosti v souvislosti s časopisy o golfu v současné době nezaměnitelně vybaví časopis GOLF.

Z výše uvedených důvodů proto Nejvyšší správní soud kasační stížnost podle ust. § 110 odst. 1 s. ř. s. zamítl. Ve věci rozhodl v souladu s ust. § 109 odst. 1 s. ř. s., podle něhož rozhoduje Nejvyšší správní soud o kasační stížnosti zpravidla bez jednání, když neshledal důvody pro jeho nařízení.

Výrok o náhradě nákladů řízení se opírá o ust. § 60 odst. 1 věta první ve spojení s § 120 s. ř. s., podle kterého, nestanoví-li tento zákon jinak, má účastník, který měl ve věci plný úspěch, právo na náhradu nákladů řízení před soudem, které důvodně vynaložil proti účastníkovi, který ve věci úspěch neměl. Nejvyšší správní soud žádnému z účastníků náhradu nákladů nepřiznal, protože stěžovatel v řízení úspěch neměl a Úřadu žádné náklady s tímto řízením nevznikly.

Osoba zúčastněná na řízení má podle ust. § 60 odst. 5 ve spojení s § 120 s. ř. s. právo na náhradu jen těch nákladů, které ji vznikly v souvislosti s plněním povinnosti, kterou ji soud uložil a z důvodů hodných zvláštního zřetele ji může soud na návrh přiznat právo na náhradu dalších nákladů řízení. V dané věci osoby zúčastněné na řízení v průběhu řízení neplnily žádné povinnosti, které by jim soud uložil a nenavrhly, aby jim bylo přiznáno právo na náhradu dalších nákladů řízení.

P o u č e n í : Proti tomuto rozsudku **n e j s o u** opravné prostředky přípustné.

V Brně dne 22. července 2011

JUDr. Eliška Cihlářová
předsedkyně

senátu