

ČESKÁ REPUBLIKA

ROZSUDEK JMÉNEM REPUBLIKY

Nejvyšší správní soud rozhodl v senátu složeném z předsedkyně JUDr. Marie Žiškové a soudců JUDr. Lenky Kaniové a JUDr. Filipa Dienstbiera v právní věci žalobce: **Savencia Fromage & Dairy Czech Republic, a. s.**, se sídlem Vyskočilova 1481/4, Praha 4, zastoupen JUDr. Andreou Považanovou, advokátkou se sídlem Elišky Peškové 735/15, Praha 5, proti žalovanému: **Úřad průmyslového vlastnictví**, se sídlem Antonína Čermáka 1057/2a, Praha 6, o žalobě proti rozhodnutí předsedy žalovaného ze dne 20. 6. 2014, č. j. O-423530/73618/2007/ÚPV, za účasti osoby zúčastněné na řízení: **BEL Sýry Česko, a. s.**, se sídlem Pražská 218, Želetava, zastoupena JUDr. Michalem Růžičkou, advokátem se sídlem Vinohradská 938/37, Praha 2, v řízení o kasační stížnosti žalobce proti rozsudku Městského soudu v Praze ze dne 7. 11. 2017, č. j. 8 A 128/2014 – 114,

takto:

I. Kasační stížnost **se zamítá**.

II. Žalobce **nemá právo** na náhradu nákladů řízení o kasační stížnosti.

III. Žalovanému **se nepřiznává** náhrada nákladů řízení o kasační stížnosti.

IV. Osoba zúčastněná na řízení **nemá právo** na náhradu nákladů řízení o kasační stížnosti.

Odůvodnění:

I. Vymezení věci

[1] Městský soud v Praze rozsudkem ze dne 7. 11. 2017, č. j. 8 A 128/2014 – 114, zamítl žalobu, kterou se žalobce domáhal zrušení rozhodnutí předsedy Úřadu průmyslového vlastnictví ze dne 20. 6. 2014, č. j. O-423530/73618/2007/ÚPV („rozhodnutí předsedy Úřadu“), kterým byl zamítnut jeho rozklad proti rozhodnutí Úřadu průmyslového

vlastnictví ze dne 9. 11. 2007 („prvostupňové rozhodnutí“) o zamítnutí návrhu na prohlášení slovní ochranné známky č. 275574 ve znění „SMETANITO“, jejímž majitelem je společnost BEL Sýry Česko, a. s., za neplatnou.

[2] Napadená slovní ochranná známka č. 275574 ve znění „SMETANITO“ byla s právem přednosti ode dne 21. 2. 2005 zapsána do rejstříku ochranných známek u Úřadu průmyslového vlastnictví dne 29. 9. 2005 pro výrobky a služby zařazené do třídy 29: mléčné výrobky, sýry všeho druhu podle Niceské dohody o mezinárodním třídění výrobků a služeb pro účely zápisu známek ze dne 15. června 1957 („Niceská dohoda“).

[3] Dne 1. 11. 2006 podal žalobce (Savencia Fromage & Dairy Czech Republic, a. s., dříve TPK, spol. s r. o.), návrh na prohlášení napadené ochranné známky za neplatnou podle § 32 odst. 1 ve spojení s § 4 písm. b), c), d) a g) a § 32 odst. 3 zákona č. 441/2003 Sb., o ochranných známkách. Žalobce namítal, že je majitelem zaměnitelných ochranných známek se stejnou koncovkou -ITO, zapsaných pro stejné nebo podobné výrobky.

> (1) První slovní ochranná známka stěžovatele č. 178903 ve znění „APETITO“ byla přihlášena dne 14. 9. 1993 a zapsána dne 16. 8. 1994 pro výrobky zařazené do třídy 29: lahůdkový tavený sýr podle Niceské dohody.
>
> (2) Druhá kombinovaná ochranná známka stěžovatele č. 252125 ve znění „APETITO“ byla přihlášena dne 24. 9. 1998 a zapsána dne 24. 3. 2003 pro výrobky zařazené do třídy 29: mlékárenské výrobky, sýry, tavené lahůdkové sýry podle Niceské dohody.
>
> (3) Třetí barevná kombinovaná ochranná známka stěžovatele č. 252126 ve znění „APETITO“ byla přihlášena dne 16. 4. 1999 a zapsána dne 24. 3. 2003 pro výrobky zařazené do třídy 29: sýry s veškeré mlékárenské výrobky na bázi sýrů podle Niceské dohody.
>
> (4) Čtvrtá barevná kombinovaná ochranná známka stěžovatele č. 252128 ve znění „APETITO“ byla přihlášena dne 5. 8. 1999 a zapsána dne 24. 3. 2003 pro výrobky zařazené do třídy 29: sýry a mlékárenské výrobky na bázi sýrů podle Niceské dohody.
>
> (5) Pátá slovní ochranná známka stěžovatele č. 245416 ve znění „APETITO Svačinka“ byla přihlášena dne 31. 7. 2000 a zapsána dne 29. 7. 2002 pro výrobky zařazené do třídy 29: sýry, mléko, mlékárenské výrobky podle Niceské dohody.
>
> (6) Šestá slovní ochranná známka stěžovatele č. 236161 ve znění „APETITO junior“ byla přihlášena dne 31. 7. 2000 a zapsána dne 27. 8. 2001 pro výrobky zařazené do třídy 29: sýry, mléko, mlékárenské výrobky podle Niceské dohody.
>
> (7) Sedmá slovní ochranná známka stěžovatele č. 247320 ve znění „APETITO MAXI“ byla přihlášena dne 13. 9. 2001 a zapsána dne 24. 9. 2002 pro výrobky zařazené do třídy 29: sýry, mléko, mlékárenské výrobky podle Niceské dohody o mezinárodním třídění výrobků a služeb pro účely zápisu známek.

(8) Osmá slovní ochranná známka stěžovatele č. 247321 ve znění „APETITO LINIE“ byla přihlášena dne 13. 9. 2001 a zapsána dne 24. 9. 2002 pro výrobky zařazené do třídy 29: sýry, mléko, mlékárenské výrobky podle Niceské dohody.

(9) Devátá slovní ochranná známka stěžovatele č. 258392 ve znění „APETITO XXL“ byla přihlášena dne 10. 2. 2003 a zapsána dne 29. 10. 2003 pro výrobky zařazené do třídy 29: sýry, mléko, mlékárenské výrobky podle Niceské dohody.

(10) Desátá slovní ochranná známka stěžovatele č. 259813 ve znění „APETITO MAXI XXL“ byla přihlášena dne 10. 2. 2003 a zapsána dne 23. 12. 2003 pro výrobky zařazené do třídy 29: sýry, mléko, mlékárenské výrobky podle Niceské dohody.

[4] Prvostupňovým rozhodnutím ze dne 9. 11. 2007 byl návrh na prohlášení slovní ochranné známky „SMETANITO“ za neplatnou zamítnut z důvodu, že označení „SMETANITO“ jako novotvar disponuje určitým stupněm originality postačujícím k jeho zápisu do rejstříku ochranných známek, a že i přes zjištěnou shodu porovnávaných výrobků neexistuje pravděpodobnost záměny tohoto označení s namítanými ochrannými známkami či jejich asociace, neboť porovnávané ochranné známky nejsou podobné ani v jednom z posuzovaných hledisek.

[5] Žalobce napadl prvostupňové rozhodnutí rozkladem ze dne 6. 12. 2007, v němž mj. uvedl, že výraz „SMETANITO“ je vytvořen stejným způsobem jako dominantní prvek namítaných ochranných známek „APETITO" a poukázal na vysokou rozlišovací způsobilost koncovky „ITO“ pro něj, a že mezi porovnávanými označeními existuje podobnost ve smyslu § 7 odst. 1 písm. a) zákona o ochranných známkách.

[6] Předseda Úřadu rozhodnutím ze dne 17. 9. 2008 rozklad zamítl a potvrdil prvostupňové rozhodnutí. Setrval na názoru, že žalobce neprokázal, že napadené označení „SMETANITO“ nedosahuje určitého stupně originality, který je jinak nutný k jeho zápisu do rejstříku ochranných známek, a neprokázal ani, že označení nemá dostatečnou rozlišovací způsobilost. Žalovaný mj. konstatoval, že podstatou ochranné známky není její novost či kreativnost, ale schopnost odlišit výrobky a služby pocházející od různých osob, což označení „SMETANITO“ plní. K tvrzené zaměnitelné podobnosti se známkovou řadou „APETITO“ uvedl, že koncovka „-ITO“ není pro známkovou řadu příznačná, je-li tvořena slovem „APETITO“. Porovnávané ochranné známky si nejsou podobné ani slovním základem, ani koncovkou a není tak splněna podmínka § 7 odst. 1 písm. a) zákona o ochranných známkách, tedy možnost vzniku úsudku, že u spotřebitelské veřejnosti může dojít k záměně zboží označeného těmito známkami.

[7] Závěry předsedy Úřadu napadl žalobce žalobou, která byla zamítnuta rozsudkem Městského soudu v Praze č. j. 8 A 314/2011 - 304. Ke kasační stížnosti žalobce však Nejvyšší správní soud rozsudkem ze dne 11. února 2014, č. j. 2 As 38/2013 - 84, rozsudek městského soudu zrušil, a zároveň zrušil i rozhodnutí předsedy Úřadu, kterému věc vrátil k dalšímu řízení.

[8] Nejvyšší správní soud konstatoval, že předseda Úřadu svůj závěr o nemožnosti asociace založil na vlastním rozboru vizuálního, fonetického a významového hlediska, kdy deklaroval, že ochranné známky hodnotí i z hlediska celkového dojmu; závěrem konstatoval, že rozdíly převažují, a tudíž se nejedná o označení podobná.

[9] Shledal, že předseda Úřadu při hodnocení vycházel z posuzování dílčích částí označení, aniž by u jednotlivých hledisek posoudil celkové působení označení s ohledem na to, že jsou označeny shodné výrobky, tavené sýry, které jsou zbožím takřka každodenní spotřeby a pozornost spotřebitele je nízká, což snižuje práh významnosti zjištěné podobnosti a rovněž umenšuje význam dílčího posuzování částí označení (slabik, mluvnických částí atd.), ve prospěch celkového působení na spotřebitele z hlediska možné záměny či asociace. Závěry předsedy Úřadu Nejvyšší správní soud vyhodnotil jako nepřezkoumatelné. Dále za nepřezkoumatelné označil závěry opřené o konstatování počtu zapsaných ochranných známek, bez zohlednění kritérií přednosti, označeného zboží, jednoslovnosti atd.

[10] Předseda Úřadu následně rozklad žalobce ze dne 6. 12. 2007 znovu zamítl rozhodnutím ze dne 20. 6. 2014, č. j. O-423530/73618/2007/ÚPV. V rozhodnutí nejprve vymezil průměrného spotřebitele ve smyslu judikatury Soudního dvora Evropské unie (SDEU), připomněl, že porovnávané ochranné známky jsou zapsané pro stejné výrobky (třída 29 Niceské dohody - mléčné výrobky, sýry), a provedl porovnání označení „SMETANITO“ a „APETITO“ z hlediska vizuálního, fonetického, sémantického, a z hlediska celkového působení na spotřebitele a uzavřel, že mezi označeními neshledal podobnost.

II. Řízení před městským soudem

[11] Žalobce napadl rozhodnutí předsedy Úřadu žalobou k Městskému soudu v Praze, v níž se domáhal zrušení napadeného rozhodnutí. Městský soud žalobu shora označeným rozsudkem zamítl.

[12] V úvodu svého posouzení městský soud konstatoval, že napadené rozhodnutí je srozumitelné a podrobně se zabývá všemi vznesenými rozkladovými námitkami, které předseda Úřadu řádně vypořádal, a netrpí tudíž vadou nepřezkoumatelnosti.

[13] Následně městský soud odmítl námitku žalobce, že napadené označení je zápisně nezpůsobilé ve smyslu § 4 písm. b), c), d) zákona o ochranných známkách, neboť označení „SMETANITO“ popisuje výrobek, obsahující údaj o výchozí surovině a podle známkoprávní praxe nelze chránit označení odkazující na chemické prvky. Městský soud vyhodnotil, že se předseda Úřadu s těmito námitkami ve svém rozhodnutí řádně vypořádal, jestliže uvedl, že výraz „SMETANITO“ lze považovat za novotvar, který vznikl použitím slovního kořene slova smetana a slovotvorné přípony „ITO“. Tím deskriptivní a generické slovo smetana, získalo určitý stupeň originality, který je v souladu se zákonem a dostačuje pro zápis do rejstříku ochranných známek. Městský soud se s citovaným závěrem ztotožnil a konstatoval, že žalobce neprokázal svá tvrzení o zápisné nezpůsobilosti napadené slovní ochranné známky, neboť nepředložil žádné důkazy na podporu svých tvrzení. Městský soud uzavřel, že ani Nejvyšší správní soud ve zrušujícím

rozsudku neměl proti uvedenému vypořádání námitky zápisné nezpůsobilosti podle § 4 zákona o ochranných známkách výhrady.

[14] Městský soud dále přistoupil k posouzení podobnosti mezi označeními a výrobky podle § 7 odst. 1 písm. a) zákona o ochranných známkách, přičemž vycházel z judikatury Nejvyššího správního soudu a SDEU. Připomněl, že dle zrušujícího rozsudku Nejvyššího správního soudu bylo v daném případě třeba řádně vypořádat námitku žalobce, že koncovka „ITO“ je pro jeho výrobky příznačná, a že spotřebitelé spojují tuto koncovku s ním. Dále Nejvyšší správní soud vytýkal nedostatečné posouzení celkového působení porovnávaných označení z jednotlivých hledisek.

[15] Městský soud nejprve uvedl, že se ztotožnil s posouzením žalovaného, který přezkoumal porovnávaná označení z hlediska fonetického, vizuálního a sémantického, a uzavřel, že v celkovém dojmu převáží odlišnosti. Městský soud konstatoval, že „APETITO“ a „SMETANITO“, jako slova obsahující čtyři slabiky a sedm, resp. devět písmen, lze stěží označit jako krátká slova, a odkázal na rozhodnutí žalovaného, který ve svém rozhodnutí žalobci srozumitelně vysvětlil, že obecně aplikovatelná hranice počtu písmen, slabik či slov, která odděluje označení pouze krátká od těch středních či delších, nebyla judikaturou stanovena. Na podporu pravidla, že spotřebitel přikládá obvykle větší význam počáteční části slov, městský soud ve shodě s žalovaným odkázal na rozsudek Tribunálu ve věci T-112/03 L’Oréal SA v. OHIM.
[16] Nedůvodnou shledal městský soud námitku známkovou řadou ochranných známek „APETITO“, k čemuž odkázal na ustálenou judikaturu SDEU, podle níž je principem známkové řady existence shodného a neměnného prvku, který je v jednotlivých ochranných známkách doplňován. Takovým prvkem by pak podle názoru Městského soudu v Praze, vzhledem ke znění namítaných ochranných známek, byl celý výraz „APETITO“, nikoli pouze jeho koncová část „ITO". Napadená ochranná známka „SMETANITO“ tak nevykazuje takové rysy, aby mohla být z pohledu spotřebitele zařazena do známkové řady založené na prvku „APETITO“.

[17] K námitce žalobce, že označení „APETITO“ lze rozdělit na běžné české slovo „APETIT“ a koncovku „ITO“ s tím, že jako takto složené je bude vnímat i průměrný spotřebitel, městský soud uvedl, že v případě vydělení prvku „APETIT“ z namítaného označení zůstane pouze písmeno „O“ a nikoli koncová část „ITO“. Při oddělení koncové části „ITO“ by zůstal jen výraz „APET“, který lze dle soudu stěží označit za běžné české slovo konkrétního významu. Dle městského soudu žalovaný správně uzavřel, že spotřebitel neznalý cizích jazyků bude slovo „APETIT“, resp. „apetyt“ vnímat jako synonymum českého výrazu „chuť", a to jako kompaktní výraz pravděpodobně španělského či italského původu.

[18] Městský soud se ztotožnil i se závěrem žalovaného, že vzhledem k popsanému působení slova „APETITO" nebude mít český spotřebitel důvod zkoumat, jakou koncovku označení obsahuje. Je proto podle něj nanejvýš nepravděpodobné, že by spotřebitel v namítaném označení „APETITO“ rozlišoval jakýkoli dominantní prvek a prvek s nízkou distinktivitou. Spotřebitel bude označení „APETITO“ vnímat jako jednotný celek, který nemá žádnou první a druhou část.

[19] Namítanou příznačnost koncovky „ITO“ pro žalobce městský soud odmítl jako neodůvodněnou. V návaznosti na zrušující rozsudek Nejvyššího správního soudu, dle kterého městský soud užil na podporu svých závěrů zjištění, která nevzešla z dokazování, a k jejichž obsahu a relevanci se stěžovatel nemohl vyjádřit, městský soud vyzval osobu zúčastněnou na řízení (společnost BEL Sýry Česko), aby předložila listinné důkazy v této věci. Osoba zúčastněná na řízení vyhověla výzvě a předložila archivní dokumenty a obaly výrobků, z nichž vyplynulo, že osoba zúčastněná byla prvním subjektem, který dlouhodobě vyráběl sýr „APETITO“ a užíval v obchodním styku toto označení od roku 1973. Městský soud tedy nepřisvědčil tvrzení žalobce, že by pouze pro něj bylo toto označení příznačné. V této souvislosti soud zdůraznil, že bylo na žalobci, aby toto své tvrzení doložil, což však neučinil.

[20] K námitce vyšší rozlišovací způsobilosti (a potažmo i příznačnosti) jako jednoho z faktorů svědčících pro vyšší stupeň ochrany namítaných ochranných známek „APETITO“, městský soud ve shodě s žalovaným odkázal na ustálenou judikaturu SDEU (rozsudek Tribunálu ve věci T-277/07 Vitakraft-Werke Wührmann & Sohn GmbH & Co. KG v. OHIM). Shrnul, že žalobce právně dostačujícím způsobem neprokázal vysokou rozlišovací způsobilost namítaných známek z důvodu, že jsou veřejnosti známy, a námitku zamítl.

[21] Městský soud dále konstatoval, že z provedeného posouzení napadené ochranné známky „SMETANITO“ a namítaných ochranných známek „APETITO“ dospěl k závěru, že porovnávaná označení si nejsou podobná. O uplatnění kompenzačního principu obsaženého v rozsudku SDEU ve věci C-39/97 Canon Kabushiki Kaisha proto nebylo možno uvažovat. Žalovaný podle názoru soudu nepochybil, jestliže dospěl k závěru o nepodobnosti porovnávaných označení a kompenzační princip neaplikoval.

[22] Městský soud uzavřel, že se neztotožnil s žádnou z námitek, které žalobce v žalobě uplatnil. Analýza a úvahy, které žalovaný ohledně povahy obou přezkoumávaných ochranných známek ve znění „APETITO“ a „SMETANITO“ provedl, jsou relevantní a vyčerpávající. Městský soud neshledal žádný bod, ve kterém by se s názory a předsedy Úřadu rozcházel, nebo které by podle jeho názoru vyžadovaly nějakou korekci. Závěr o nepodobnosti obou dvou označení dle soudu odpovídá realitě i zákonu.

III. Kasační stížnost

[23] Žalobce (stěžovatel) napadá rozsudek městského soudu kasační stížností.

III.I Nesprávné posouzení podobnosti označení

[24] Městský soud dle stěžovatele bezdůvodně aplikoval při posuzování povahy koncovky „ITO“ dvojí měřítko. V případě napadené známky „SMETANITO“ tuto koncovku považoval za samostatnou příponu, kterou budou spotřebitelé vnímat, jelikož si rozloží označení na část „SMETAN“, která „*odkazuje na smetanu*“ a část „ITO“, která „*bude českým spotřebitelem vnímána jako cizokrajná přípona*“. Oproti tomu označení „APETITO“ dle městského soudu spotřebitel nebude považovat za složeninu dvou výrazů,

ale bude je pokládat za kompaktní slovo, aniž by z něj *„bezdůvodně vyděloval koncovku ‚ITO'"*.

[25] Tento závěr dle stěžovatele nevyplývá ze skutkového stavu, neboť obě označení jsou tvořena stejným způsobem. Obě využívají jako základ běžné slovo z českého jazyka, tj. „APETIT" a „SMETANA", které doplňují koncovkou „ITO". Dle stěžovatele nehraje roli skutečnost, že slovo „APETIT" je cizího původu, neboť je běžně užívané. Jestliže se u tohoto slova objeví koncovka „ITO", bude to spotřebiteli vnímáno stejně významně, jako v případě použití této koncovky ve slově „SMETANITO". Jelikož průměrný spotřebitel zná slovní prvek „APETIT", rozloží dle stěžovatele ochranné známky „APETITO" na prvky „APETIT" a „ITO". Odůvodnění závěru městského soudu, že porovnávaná označení nebyla tvořena shodným způsobem, je dle stěžovatele nadto nelogické, jestliže k němu soud poukázal na tvrzení stěžovatele, že čeští spotřebitelé znají výraz „APETIT" a vnímají ho, ve vztahu k předmětným výrobkům, jako laudatorní. Z tohoto poukazu dle stěžovatele naopak plyne, že označení „APETITO" bude vnímáno spotřebiteli stejně jako označení „SMETANITO", tj. jako složenina laudatorního slova a koncovky „ITO".

[26] Stěžovatel dále namítl, že při vytvoření nového slova přidáním koncovky u původního slova běžně dochází k vypuštění některých hlásek, přičemž na toto pravidlo poukázal i žalovaný ve vyjádření k žalobě. Jestliže je základem nového slova prvek „APETIT", ke kterému je přidávána neobvyklá koncovky „ITO", je plně v souladu s citovaným pravidlem, pokud u nového slova dojde ke zkrácení základu a výsledkem je nové slovo „APETITO", nikoli „APETITITO".¨

[27] Městský soud dále pochybil, jestliže shledal, že označení „APETITO" a „SMETANITO" nejsou relativně krátkými označeními. Stěžovatel zdůrazňuje, že argumentoval judikaturou SDEU, ze které plyne, že za krátké slovo, u kterého je nutno přihlížet k podobnosti střední i koncové části, je považováno i slovo „CHUFAFIT" (rozhodnutí Tribunálu ve věci T-117/02 Grupo El Pradi Cervera, SL v. OHIM). Označení „APETITO" a „SMETANITO" jsou zjevně obdobně dlouhá, a na jejich posouzení by proto měla být aplikována stejná pravidla jako v citovaném rozhodnutí. K podpoře své argumentace stěžovatel dále odkázal na rozhodnutí Tribunálu T-273/02 Krtiger GmbH & KG v. OHIM ve věci ochranných známek „CALPICO" a „CALYPSO", která byla Tribunálem považována za relativně krátká označení.

[28] Stěžovatel je přesvědčen, že městský soud měl podobnost porovnávaných označení shledat i s ohledem na neobvyklost koncovky „ITO" v českém prostředí a jedinečnost jejího použití u tavených sýrů. Městský soud neobvyklost koncovky připustil na str. 10 rozsudku. Pokud tedy obě označení „APETITO" a „SMETANITO" obsahují shodnou netypickou koncovku, je dle stěžovatele zřejmé, že si této skutečnosti spotřebitelé všimnou. Jestliže městský soud uvedl, že český spotřebitel nebude mít *„důvod zkoumat, jakou koncovku označení případně obsahuje. ... Nelze předpokládat, že spotřebitel bude namítané označení jakkoli rozdělovat, naopak namítané označení „APETITO" bude vnímat jako celek, jako jednotný prvek, který nemá žádnou první a druhou část."*, stěžovatel považuje jeho posouzení za nelogické. Stěžovatel dále zdůrazňuje, že rozhodnutí SDEU, které ve své argumentaci použil předseda Úřadu, T-402/07 Kaul GmbH ve věci ochranné známky „CAPOL", ze kterého se podává, že *„při posuzování vzhledové podobnosti dvou slovních*

ochranných známek je důležitý spíše výskyt více písmen ve stejném pořadí v každé z těchto známek.“, podporuje závěr stěžovatele, nikoli předsedy Úřadu. Napadené rozhodnutí tak neodůvodňuje závěry městského soudu, a jeho rozsudek je proto vadný, neboť jeho závěry logicky nevyplývají z odůvodnění.

[29] Neaplikovatelné na projednávaný případ je městským soudem citované rozhodnutí Tribunálu ve spojených věcech T-183/02 a T-184/02 El Corte Inglés, SA v. OHIM (ochranné známky „MUNDICOLOR“ a „MUNDICOR“), neboť ochranná známka „MUNDICOLOR“ je delší než označení „APETITO“ a „SMETANITO“, a závěry tohoto rozhodnutí tak nejsou na nynější případ aplikovatelné.

[30] K odkazu městského soudu na rozsudek T-146/06 Sanofi-Aventis v. OHIM (ochranné známky „ATURION“ a „URION“) stěžovatel uvádí, že i tato označení při jejich posuzování považoval Tribunál za relativně krátká a v nízkém stupni podobná. Dle stěžovatele proto není zřejmé, z jakého důvodu městský soud toto rozhodnutí citoval, neboť závěry městského soudu jsou proti jeho argumentaci.

[31] Podle stěžovatele není zřejmé ani to, z jakého důvodu a na podporu jakých závěrů městský soud citoval rozhodnutí SDEU T-133/05 Gérard Meric v. OHIM. Toto rozhodnutí se týká ochranných známek „PAM PAM“ a „PAM PIM’S BABY PROP“, která se dle stěžovatele podobou i délkou zjevně liší od označení „APETITO“ a „SMETANITO“, přičemž mezi nimi bylo shledáno nebezpečí pravděpodobnosti záměny.

[32] Stěžovatel uvádí, že ani rozhodnutí Tribunálu ve věci T-112/03 L’Oréal SA v. OHIM (Přihláška slovní ochranné známky „FLEXI AIR“ - Starší slovní ochranná známka „FLEX“) citované městským soudem jeho závěry neodůvodňuje, neboť poukazované rozhodnutí Tribunálu se týká víceslovného označení, a je zřejmé, že slovo „AIR“ se ocitá až v druhotném postavení“. Skutkový stav v případě označení „APETITO“ a „SMETANITO“ je však dle stěžovatele odlišný, neboť tato označení jsou jednoslovná a mají totožnou koncovku.

[33] Rovněž z rozhodnutí Tribunálu ve věci T-129/01 José Alejandro, SL v. OHIM (Přihláška slovní ochranné známky Společenství „BUDMEN“ – Starší národní slovní ochranné známky „BUD“), závěry uvedené v napadeném rozsudku městského soudu dle stěžovatele nevyplývají. Nadto je zjevně nepravdivé tvrzení městského soudu, že se citovaný rozsudek Tribunálu zabýval podobně dlouhými označeními jako v nyní projednávané věci, neboť odznačení „BUD“ je jednoznačně výrazně kratší než označení „APETITO“ a „SMETANITO“.

[34] Dle stěžovatele závěr městského soudu o tom, že označení „APETITO“ a „SMETANITO“ nejsou relativně krátkými označeními (u kterých jsou v souladu s judikaturou SDEU středové prvky stejně důležité jako prvky na začátku nebo na konci označení), z napadeného rozsudku nevyplývá. Pouhá citace názvů rozhodnutí SDEU bez uvedení důvodu, proč jsou citovaná rozhodnutí podle soudu relevantní pro daný případ a jaké závěry z nich pro dané řízení vyplývají nelze považovat za řádné odůvodnění. V této souvislosti se stěžovatel dovolává svého práva na spravedlivý proces, jenž obsahuje požadavek na dostatečné a jasné odůvodnění. Napadený rozsudek městského soudu dle

mínění stěžovatele nároky kladené na odůvodnění nesplňuje, a to v takovém rozsahu, že je rozsudek protiústavní.

III.II Nesprávné posouzení známkové řady

[35] Podle názoru stěžovatele městský soud dále nesprávně posoudil otázku existence známkové řady stěžovatele, jestliže jako shodný neměnný prvek, který je v jednotlivých označeních známkové řady doplňován, identifikoval celý výraz „APETITO“. Toto posouzení však dle stěžovatele nevyplývá z argumentace městského soudu. Ten v této souvislosti poukázal na vyjádření žalobce ohledně vnímání slovního prvku „APETIT“, který bude spotřebiteli chápán jako výraz pro chuť k jídlu a laudatorní označení navozující dojem výjimečné chuti výrobku. Jestliže z citovaného městský soud následně vyvodil, že spotřebitel bude slovo „APETITO“ vnímat jako kompaktní výraz patrně španělského či italského původu, stěžovatel tento závěr zpochybňuje jako nelogický a nesplňující základní zákonné požadavky kladené na zdůvodnění soudních rozhodnutí.

[36] Stěžovatel je přesvědčen, že koncovka „ITO“ může být prvkem, na kterém je založena známková řada, neboť se jedná o prvek jedinečný a neobvyklý, který není spojován v této oblasti s jiným výrobcem. V případě napadené ochranné známky „SMETANITO“ se tak dle názoru stěžovatele může spotřebitel zmýlit ohledně původu výrobků touto známkou označených, a považovat je za nový výrobek stěžovatele.

III.III Příznačnost koncovky „ITO“ pro stěžovatele

[37] Městský soud dále učinil chybný závěr o nepříznačnosti koncovky „ITO“ pro stěžovatele, a to na základě irelevantní a nepravdivé skutečnosti týkající užívání označení „APETITO“ v době před zápisem ochranných známek stejného znění stěžovatelem. Stěžovatel zdůrazňuje, že pro řízení o prohlášení ochranné známky „SMETANITO“ za neplatnou je nerozhodné, který subjekt užíval označení „APETITO“ v minulosti. Příznačnost koncovky „ITO“ je dle stěžovatele nutno posuzovat k době podání přihlášky napadené ochranné známky „SMETANITO“, tj. k 21. 2. 2005, přičemž v tomto období byl výhradním vlastníkem ochranných známek „APETITO“ a výhradním výrobcem výrobků „APETITO“ stěžovatel. Předseda Úřadu ani osoba zúčastněná na řízení nepředložili žádný důkaz o tom, že by v rozhodném období byly na českém trhu nabízeny pod označením obsahujícím koncovku „ITO“ jiné mléčné výrobky než výrobky „APETITO“ stěžovatele. Stěžovatel zdůrazňuje, že se v tomto případě jedná o negativní skutečnost, která se v souladu s judikaturou neprokazuje. Jestliže tedy městský soud uzavřel, že stěžovatel neunesl své důkazní břemeno, je tento závěr vadný. V takovém případě bylo na předsedovi Úřadu a osobě zúčastěné na řízení, aby přítomnost výrobků s koncovkou „ITO“ na trhu v rozhodné době prokázali.

III.IV Kompenzační princip

[38] Stěžovatel závěrem namítá, že Úřad měl v daném případě aplikovat kompenzační princip definovaný v rozsudku SDEU ve věci C-39/97, dle kterého je možné kompenzovat menší podobu výrobků a služeb větší podobností označení a naopak.

IV. Vyjádření předsedy Úřadu

[39] Předseda úřadu se k věci vyjádřil přípisem ze dne 26. 1. 2018, v němž navrhuje kasační stížnost zamítnout.

[40] Uvádí, že závěry městského soudu nejsou navzájem rozporné. Předseda Úřadu uvádí, že oba výrazy obsahují či evokují pouze jeden slovní prvek s konkrétním významem. Spotřebitel tedy slova nerozdělí na dva samostatné prvky, ale spíše v první části rozpozná slovní prvek s konkrétním významem („APETIT“, „SMETANA“) a druhou část pak bude vnímat jako přidruženou koncovku nikoli jako jazykově a významově samostatný prvek („ITO“).

[41] Předseda Úřadu zdůrazňuje, že vyděluje-li stěžovatel opakovaně z namítané ochranné známky prvek „APETIT" (s tím, že se jedná o běžné české slovo), zbývá pak z označení pouze písmeno „O" a nikoli koncovka „ITO“. Dle internetové jazykové příručky Ústavu pro jazyk český je „apetit“ slovo obecné, tj. nespisovné češtiny německého, francouzského, resp. latinského původu.

[42] Dle předsedy Úřadu je nepravděpodobné, že by spotřebitel prováděl jazykový rozbor daného výrazu a odděloval slovní základ a koncovku. Průměrným spotřebitelem daných výrobků (sýry) není lingvista, ale zástupce laické veřejnosti vykazující nižší stupeň pozornosti. Jako takový bude tutéž koncovku vnímat zcela odlišně u slova, jež pokládá za slovo cizojazyčného původu, a odlišně u slova evidentně českého původu. Při jakékoli variantě vnímání výrazu „APETITO“ (přímo cizí slovo, české slovo cizojazyčného původu s koncovkou, která evokuje cizí slovo) bude výraz vnímán kompaktně a přirozeně. Naproti tomu u označení „SMETANITO“ se jedná o okamžitě rozpoznatelné spojení českého slova s koncovkou, která je pro tento jazyk atypická. To předseda Úřadu považuje za zásadní.

[43] K námitkám stěžovatele ohledně tvorby slov derivací předseda Úřadu uvádí, že spotřebitel v okamžiku kontaktu s označením nepřemýšlí o procesu vzniku slova z různých prvků. Setkává se již s „hotovým tvarem“, který rozdělí na jednotlivé části, jen pokud k tomu bude mít nějaký důvod. Tak tomu v daném případě není. Pokud by měl spotřebitel výraz „APETITO“ rozdělit na dílčí elementy, bude to nejspíš na kořen „APETIT“ a koncovku „O“. Tvrzení stěžovatele o vyčlenění koncovky „ITO“ z uvedeného výrazu se proto jeví jako poněkud umělé a účelové.

[44] Předseda Úřadu dále uvádí, že výraz „APETITO“ lze dle něj s ohledem na rozpoznatelnou významovou asociaci (apetit, chuť k jídlu) ve vztahu k výrobkům tj. sýrům považovat za laudatorní, u slova „smetana“ tvořícího základ označení „SMETANITO“ však není takový laudatorní podtext jednoznačný.

[45] Pokud jde o délku porovnávaných označení, předseda Úřadu zdůrazňuje, že v poukazovaném rozsudku T-117/02 Tribunál netvrdí, že označení „CHUFAFIT“ je

třeba pokládat za označení krátké, ale že je krátká starší namítaná ochranná známka „CHUFI“. Argumentace stěžovatele je tedy účelová. Tribunál netvrdil a už vůbec nepostavil svůj závěr na tom, že osmipísmenné označení je třeba považovat za krátké.

[46] V dalším rozsudku T-273/02, na který stěžovatel poukazuje, posoudil Tribunál označení „CALPICO“ a „CALYPSO“ jako relativně krátká s tím, že je třeba stejnou pozornost věnovat středům označení jako jejich počátkům a koncům. Předseda Úřadu již v rozhodnutí i ve vyjádření k žalobě zdůraznil, že judikatura SDEU nestanovuje obecnou hranici, jež by oddělovala relativně krátká označení od ostatních. Dodává, že v poukazovaném rozsudku Tribunál dospěl k závěru o nepodobnosti porovnávaných označení. Jak žalovaný opakovaně uzavřel, odlišnosti jasně převažují a týkají se částí, které nejsou významově shodné ani podobné (apetit x smetana). Jejich nižší distinktivita nemůže být převážena shodou v koncovce, která jako taková nemá vůbec žádný samostatný význam.

[47] K namítané jedinečnosti koncovky „ITO“ předseda Úřadu uvádí, že bez ohledu na jazykovou vybavenost relevantního spotřebitele je u označení „APETITO“ evidentní cizojazyčný původ základového slova i koncovky; celý výraz jako takový působí přirozeně a kompaktně, pročež spotřebitel nemá potřebu koncovku vydělovat a vnímat ji jakkoli neobvykle. Nadto při rozdělení předmětného výrazu na běžné slovo „APETIT“ nezbude koncovka „ITO“, ale pouze koncové písmeno „O“.

[48] Jestliže stěžovatel označil rozhodnutí ve spojených věcech T-183/02 a T-184/02 za neaplikovatelné, předseda konstatuje, že v tomto rozhodnutí byla porovnávána označení „MUNDICOR“ (8 písmen) a „MUNDICOLOR“ (10 písmen). Označení porovnávaná ve stávajícím případě mají 7 a 9 písmen. Je tedy otázkou, proč by rozsudek porovnávající takto podobně dlouhá označení se shodným rozdílem v počtu písmen měl být na stávající případ aplikovatelný méně než stěžovatelem poukazovaný rozsudek porovnávající označení „CHUFAFIT“ a „CHUFI“, v němž bylo porovnáváno 8 vs. 5 písmen.

[49] Pokud jde o rozsudky Tribunálu, jejichž citaci stěžovatel označil za nelogickou, předseda Úřadu uvádí, že soud tyto rozsudky citoval za účelem standardně užívaného judikaturního doložení principů, jež pro porovnání daných označení uplatnil.

[50] K zohlednění známkové řady předseda Úřadu uvádí, že pokud soud koncovku „ITO“ pokládal za neobvyklou či cizokrajnou, bylo to ve spojení s jednoznačně českým výrazem „smetana“ v označení „SMETANITO“. Soud ani předseda Úřadu ji neuznali jako samostatný prvek. Stěžovatel neprokázal užívání ochranných známek tvořících známkovou řadu založenou na prvku „ITO“ na trhu. v souladu s rozhodnutím Soudního dvora Evropské unie C-234/06 P.

[51] Pokud jde o stěžovatelem tvrzenou příznačnost koncovky „ITO“ pro něj, považuje předseda Úřadu za zcela nepřípadný odkaz stěžovatele na tezi, podle níž se negativní tvrzení v občanském soudním řízení zásadně neprokazují. Dále uvádí, že spotřebitel koncovce „ITO“ v rámci označení „APETITO“ žádné zvláštní postavení nepřisoudí. Pokud jde námitku známkovou řadou, předseda uvádí, jejím základem je výraz „APETITO“, který je pak doplňován.

V. Vyjádření osoby zúčastněné na řízení

[52] Osoba zúčastněná na řízení se k věci vyjádřila přípisem ze dne 5. 3. 2018, v němž navrhuje kasační stížnost zamítnout.

[53] Osoba zúčastněná na řízení je přesvědčena, že předseda Úřadu i městský soud v nyní posuzované věci učinili všechna potřebná skutková zjištění, z nichž vyvodili správné skutkové i právní závěry. Dle osoby zúčastněné na řízení bude běžný spotřebitel vnímat označení „APETITO“ kompaktně jako jedno slovo, z nějž nebude vydělovat koncovku „ITO“, ale běžnou koncovku „O“. Z toho důvodu nemůže běžný spotřebitel vnímat stejně označení „APETITO“ a „SMETANITO“ jako slova se stejnou koncovkou „ITO“, neboť taková shodná koncovka není u těchto slov dána. Průměrný spotřebitel se bude orientovat podle kmene porovnávaných slov, tj. „APETIT“/„SMETANA“

[54] Délka porovnávaných označení nemá dle osoby zúčastněné na řízení žádný význam.

[55] Osoba zúčastněná na řízení připouští, že městský soud uvažoval o koncovce „ITO“ jako o neobvyklé, ale pouze při úvaze ve vztahu k označení „SMETANITO“, nikoli „APETITO“, neboť posledně zmíněné označení koncovku „ITO“ vůbec nemá. Z toho důvodu stěžovatel nemůže mít ani známkovou řadu založenou na neobvyklé koncovce „ITO“, neboť taková koncovka v jeho označení chybí.

[56] Osoba zúčastněná na řízení dále uvádí, že ani v případě, že by byla připuštěna koncovka „ITO“ u označení stěžovatele, s ohledem na ustálenou judikaturu SDEU by nebylo možno na této koncovce založit známkovou řadu. Tu lze vytvořit tak, že je nosný prvek doplňován dalšími prvky. Tak tomu v případě stěžovatele není, neboť jeho ochranné známky jsou založeny pouze na jediném slovním označení „APETITO“. Stěžovatel nevytváří žádnou řadu založenou na kmenu „APETIT“ či koncovce „ITO“ (např. „TVAROHITO“, „CREMITO“, „BONITO“, „FINITO“ apod.). Označení „SMETANITO“ tak dle osoby zúčastněné na řízení objektivně nezapadá do žádné stěžovatelem tvrzené řady.

[57] K zohlednění existence známkové řady osoba zúčastněná na řízení dodává, že předpokládá i splnění druhé podmínky, kterou je prokázání jejího užívání. Stěžovatel však žádné takové důkazy nepředložil ani netvrdil.

[58] Osoba zúčastněná na řízení je přesvědčena, že městský soud příznačnost koncovky „ITO“ pro stěžovatele posoudil správně. Ačkoli se stěžovatel příznačnosti dovolával, nijak ji neprokázal, přičemž ho netížil neproveditelný negativní důkaz. Stěžovatel měl pouze prokázat, že je koncovka „ITO“ vžitá pro jeho výrobky. Známková řada stěžovatele takovým důkazem není.

[59] Dle osoby zúčastněné na řízení nepřipadá v úvahu aplikace kompenzačního principu, neboť porovnávaná označení nejsou podobná.

[60] Osoba zúčastněná na řízení závěrem upozorňuje, že Úřad rozhodnutím ze dne 2. 3. 2018, sp. zn. 0-493 158, pravomocně zamítl návrh mateřské společnosti stěžovatele (Savencia SA) na prohlášení barevné kombinované ochranné známky „SMETANITO“ č. 329 334, jejímž vlastníkem je osoba zúčastněná na řízení. To dle jejího názoru svědčí o kontinuálním rozhodování Úřadu v souladu se *„zásadou spravedlivého očekávání“*. Osoba zúčastněná na řízení poukazuje, že stěžovatel proti zamítavému prvoinstančnímu rozhodnutí nepodal rozklad, z čehož dovozuje, že stěžovatel toto rozhodnutí ve vztahu ke kombinované ochranné známce „SMETANITO“ akceptoval.

VI. Replika stěžovatele

[61] Stěžovatel se k obsahu podání předsedy Úřadu a osoby zúčastněné na řízení vyjádřil replikou ze dne 26. 4. 2018.

[62] Stěžovatel úvodem trvá na tom, že spotřebitelé si koncovky „ITO“ všimnou jak v napadeném označení „SMETANITO“, tak i v namítaném označení „APETITO“. Důvodem je skutečnost, že tato koncovka je pro české prostředí netypická, a pro oblast tavených sýrů obzvlášť.

[63] Uvedená koncovka je příznačná pro stěžovatele, neboť ani předseda Úřadu ani osoba zúčastněná na řízení nepředložili žádné důkazy o tom, že na českém trhu jsou vedle výrobků „APETITO“ a „SMETANITO“ i jiné mléčné výrobky, či dokonce tavené sýry s touto koncovkou.

[64] Stěžovatel zdůrazňuje, že předseda Úřadu v rozhodnutí o rozkladu č. j. O-493158/D17026951/2017/ÚPV potvrdil dobré jméno namítaných ochranných známek „APETITO“ a konstatoval pravděpodobnost, že by dotčená veřejnost mohla mezi namítanými ochrannými známkami a kombinovanou ochrannou známkou „SMETANITO“ vnímat souvislost a vytvořit si spojení.

[65] Neobvyklost koncovky „ITO“ byla potvrzena v napadeném rozsudku městského soudu (str. 10) i předsedou Úřadu ve výše poukazovaném rozhodnutí o rozkladu č. j. O-493158/D17026951/2017/ÚPV (str. 31 odst. 1). Stěžovatel dále opakuje své přesvědčení o působení koncovky „ITO“, které uvedl již v kasační stížnosti.

[66] Stěžovatel odmítá tvrzení předsedy Úřadu, že u slova „smetana“ tvořícího základ označení „SMETANITO“ není jednoznačný laudatorní podtext. Stěžovatel je přesvědčen, že obě porovnávaná označení jsou složena z části odkazující na laudatorní označení.

[67] K délce porovnávaných označení stěžovatel opět vyjadřuje své přesvědčení, označení „APETITO“ je při počtu 7 písmen označením krátkým, k čemuž odkazuje na rozhodovací praxi Úřadu, ve které takto dlouhá i delší rozhodnutí považuje za krátká. Konkrétně uvádí příklady posuzovaných označení „EVOLVEO“a „VOLVO“ a označení „HYALOSAN“ a „HYASAN“. Stěžovatel odmítá závěr osoby zúčastněné na řízení, dle které délka porovnávaných označení nemá pro pravděpodobnost záměny žádný význam.

[68] Stěžovatel uvádí, že koncovka „ITO“ bude spotřebiteli vnímána jako neobvyklá, a to jak u označení „APETITO“, tak „SMETANITO“. Dále stěžovatel opakuje svoji argumentaci známkovou řadou a nemožností prokazování negativních skutečností, které uvedl již v kasační stížnosti. Doplňuje, že nemá povinnost zahajovat řízení o prohlášení zapsaných ochranných známek třetích osob pro neužívání za neplatné, aby tím mohl prokázat příznačnost koncovky „ITO“ pro své výrobky. Zdůrazňuje, že žádná z ochranných známek s koncovkou „ITO“, s výjimkou nyní posuzovaných označení, není v ČR užívána.

[69] Stěžovatel odmítá argument osoby zúčastněné na řízení, že se protiprávně snaží omezit přirozenou konkurenci z její strany. Stěžovatel naopak považuje jednání osoby zúčastněné na řízení za nekalou soutěž.

[70] Následně stěžovatel opakuje svoji argumentaci z kasační stížnosti ohledně kompenzačního principu.

[71] Závěrem stěžovatel odpovídá na sdělení osoby zúčastněné na řízení, která ve svém vyjádření poukázala na to, že předseda Úřadu pravomocně zamítl návrh mateřské společnosti stěžovatele na prohlášení kombinované ochranné známky „SMETANITO“ za neplatnou. Stěžovatel zdůrazňuje, že skutečnost, že bylo rozhodnuto, neznamená, že bylo rozhodnuto správně.

VII. Posouzení věci Nejvyšším správním soudem

[72] Kasační stížnost je projednatelná, po jejím posouzení dospěl soud k závěru, že není důvodná.

[73] Nejvyšší správní soud na úvod konstatuje, že městský soud správně posoudil, že v daném případě neexistovaly překážky proti zápisu ochranné známky „SMETANITO“ do rejstříku ochranných známek u Úřadu průmyslového vlastnictví.

[74] Klíčovou otázkou projednávané věci je pravděpodobnost záměny, resp. asociace posuzovaných označení. Stěžovatel uplatnil dílčí námitky, které budou blíže rozebrány níže. Nejvyšší správní soud vychází z následující právní úpravy a judikatury.

VII.I Právní a judikaturní rámec

[75] Podle ustanovení § 7 odst. 1 písm. a) zákona o ochranných známkách se *„[p]řihlašované označení nezapíše do rejstříku na základě námitek proti zápisu ochranné známky do rejstříku podaných u Úřadu* [průmyslového vlastnictví] *vlastníkem starší ochranné známky, pokud z důvodu shodnosti či podobnosti se starší ochrannou známkou a shodnosti nebo podobnosti výrobků či služeb, na něž se přihlašované označení a ochranná známka vztahují, existuje pravděpodobnost záměny na straně veřejnosti; za pravděpodobnost záměny se považuje i pravděpodobnost asociace se starší ochrannou známkou*“.

[76] Z judikatury Nejvyššího správního soudu, SDEU a Tribunálu vyplývají následující obecné principy.

[77] Podle ustálené judikatury SDEU musí být existence nebezpečí záměny u veřejnosti posuzována celkově, tj. musí být zohledněny všechny relevantní faktory projednávaného případu (srov. rozsudek SDEU ze dne 11. 11. 1997, SABEL, C–251/95, bod 22; Lloyd Schuhfabrik Meyer, bod 18; a rozsudek SDEU ze dne 2. 9. 2010, Calvin Klein Trademark Trust v. OHIM, C-254/09 P, bod 44).

[78] Nejvyšší správní soud ve své judikatuře dovodil, že podle § 7 odst. 1 písm. a) zákona o ochranných známkách je překážkou bránící zápisu přihlašovaného označení do rejstříku ochranných známek existence pravděpodobnosti záměny na straně veřejnosti, která je dána pouze při kumulativním splnění dvou zákonem stanovených podmínek. Těmito podmínkami jsou 1) shodnost či podobnost přihlašovaného označení se starší ochrannou známkou a 2) shodnost nebo podobnost výrobků či služeb, na něž se přihlašované označení a namítaná starší ochranná známka vztahují (srov. rozsudky Nejvyššího správního soudu ze dne 28. 5. 2008, č. j. 9 As 59/2007 - 141; ze dne 26. 10. 2006, č. j. 1 As 28/2006 - 97).

[79] Pro srovnávání slovních označení Soud prvního stupně (později Tribunál) dovodil řadu pomocných kritérií. Za prvé, průměrný spotřebitel obvykle přikládá větší význam počáteční části slov než částem následujícím [srov. rozsudky Tribunálu ze dne 17. 3. 2004, El Corte Inglés v. OHIM - González Cabello a Iberia Líneas Aéreas de España (MUNDICOR), T-183/02 a T-184/02, Recueil, s. II-965, bod 81 a 83; a ze dne 16. 3. 2005, L'Oréal v. OHIM – Revlon (FLEXI AIR), T-112/03, Sb. rozh. s. II-949, body 64-65], byť tato úvaha neplatí ve všech případech. V některých rozsudcích bylo naopak konstatováno, že význam první části označení nelze přeceňovat, neboť při porovnávání jednotlivých označení z hlediska jejich možné zaměnitelnosti je třeba posuzovat označení jako celky [v tomto smyslu srov. rozsudek Tribunálu ze dne 18. 6. 2008, The Coca-Cola Company v. OHIM T-175/06, rozsudek Tribunálu ze dne 14. 10. 2003, Phillips-Van Heusen v. OHIM – Pash Textilvertrieb und Einzelhandel (BASS), T-292/01, Recueil, s. II-4335, bod 50; a ze dne 6. 7. 2004, Grupo El Prado Cervera v. OHIM – Héritiers Debuschewitz (CHUFAFIT), T-117/02, Sb. rozh. s. II-2073, bod 48 či rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 16. 7. 2009, č. j. 7 As 24/2009 - 142].

[80] Za druhé, i když průměrný spotřebitel vnímá obvykle ochrannou známku jako celek a nezabývá se jejími jednotlivými detaily, nemění to nic na tom, že si spotřebitel při vnímání slovního označení rozloží toto označení na slovní prvky, které mu naznačují konkrétní význam nebo které se podobají slovům, která zná [srov. rozsudky Tribunálu ze dne 6. 10. 2004 Vitakraft-Werke Wührmann v. OHMI - Krafft (VITAKRAFT), T-356/02, bod 51 a ze dne 13. 2. 2007, Mundipharma v. OHIM - Altana Pharma (RESPICUR), T-256/04, Sb. rozh. s. II-449, bod 57].

[81] Za třetí, průměrný spotřebitel nebude u složené ochranné známky za rozlišovací a převládající prvek celkového dojmu vyvolaného touto ochrannou známkou považovat její popisný prvek, ale její prvek fantazijní [srov. rozsudek Tribunálu ze dne 15. 2. 2005 Cervecería Modelo v. OHMI - Modelo Continente Hipermercados (NEGRA MODELO), T-169/02, bod 34 a tam citovaná prejudikatura a výše citovaný rozsudek PAM-PIM'S BABY-PROP, body 51-52].

[82] Nelze ani opomenout závěry vyslovené v rozsudku zdejšího soudu ze dne 23. 7. 2008, č. j. 4 As 90/2006 - 123, že „*zápisná nezpůsobilost přihlašovaného označení není dána jakoukoli podobností s registrovanou ochrannou známkou, ale toliko podobností závadnou, tj. podobností, jež vyvolává pravděpodobnost záměny ohledně původu výrobků či služeb. Nepříčí se principům známkoprávní ochrany samo o sobě, dospěje-li správní orgán k závěru o různém stupni rozlišovací způsobilosti ochranných známek; rozlišovací způsobilost ochranných známek nelze paušálně považovat za identickou*.“

[83] Nejvyšší správní soud z uvedených východisek vyšel i při posuzování právě projednávané věci. Pokud jde o definici relevantní veřejnosti, je třeba konstatovat, že výrobky, jichž se týká přihlašované označení a namítané ochranné známky, jsou zařazeny ve třídě 29 mezinárodního třídění výrobků a služeb. V obou případech se jedná zejména o mléčné výrobky, konkrétně tavené sýry. Za relevantního průměrného spotřebitele lze považovat velmi širokou skupinu spotřebitelské veřejnosti. Výše uvedenou skupinu výrobků konzumuje prakticky kdokoli, jedná se o výrobky běžné spotřeby a nižší cenové kategorie. V projednávané věci je nesporné, že výrobky, kterých se týkají namítané ochranné známky a přihlašované označení, byly shledány jako shodné.

[84] Jak vyplynulo z výše citované judikatury, k naplnění skutkové podstaty § 7 odst. 1 písm. a) zákona o ochranných známkách je třeba kumulativního naplnění obou předpokladů této normy, tj. shodnost či podobnost dotčených výrobků a shodnost či podobnost označení. V této souvislosti se proto zdejší soud následně zabýval pouze shodností či podobností přihlašovaného označení a namítaných ochranných známek, protože o podobnosti výrobků není sporu. Srovnání označení, popř. rozlišovací schopnosti označení je nutno zkoumat vždy ve vztahu k vjemu průměrného spotřebitele, a to z hlediska vizuálního, fonetického a sémantického. Nelze opomenout rovněž celkový dojem, kterým tato označení na průměrného spotřebitele působí.

VII.II Námitky stěžovatele

[85] Stěžovatel namítal, že městský soud při posuzování povahy koncovky „ITO“ bezdůvodně aplikoval dvojí měřítko, že obě posuzovaná označení byla tvořena stejným způsobem, a že při vytvoření nového slova přidáním koncovky u původního slova běžně dochází k vypuštění některých hlásek.

[86] Nejvyšší správní soud uvádí, že u označení „SMETANITO“ lze jednoznačně určit část „SMETAN“, odkazující na české slovo „smetana“, a koncovku „ITO“. Pokud jde o označení „APETITO“, je třeba konstatovat, že k jeho tvorbě mohlo dojít jak spojením slova „APETIT“ a koncovky „O“, tak spojením slova „APETIT“ a koncovky „ITO“, za současného vypuštění zdvojené poslední slabiky „IT“ ze slova APETIT. Nejvyšší správní soud však zdůrazňuje, že v nyní posuzovaném případě není podstatné, jakým jazykově-technickým způsobem byla označení vytvořena, ale to, jakým celkovým dojmem působí na spotřebitele, resp. to, zda u označení jako celých slov hrozí nebezpeční záměny či asociace ze strany spotřebitelů ve smyslu § 7 odst. 1 písm. a) zákona o ochranných známkách, pro které by nebylo možno napadené označení zapsat. Z tohoto pohledu je

relevantní, že obě označení shodně končí skupinou písmen „ITO“, která navozuje dojem slov s původem v latině či v některém z románských jazyků.

[87] Posuzovaným označením nicméně nelze přisoudit podobnost závadnou ve smyslu výše zmíněného rozsudku ze dne 23. 7. 2008, č. j. 4 As 90/2006 - 123 (viz odst. 82 tohoto rozsudku). V souladu s rovněž výše citovaným pravidlem vyplývajícím z judikatury SDEU lze předpokládat, že spotřebitel bude slovní označení rozkládat na slovní prvky, která mu naznačují konkrétní význam (viz odst. 80 tohoto rozsudku). V nynějším případě se soustředí na slovo „smetana“ a slovo „apetit“. Koncovka „ITO“ tak bude představovat pouze podružný prvek využitý ke tvorbě fantazijních slov pro označení výrobků, nikoli spojující prvek, který by spotřebitele vedl k záměně či asociaci porovnávaných označení.

[88] Nejvyšší správní soud v této souvislosti odkazuje na rozsudek ze dne 29. 5. 2018, č. j. 9 As 181/2012 - 84, ve kterém srovnával starší slovní známku „RED BULL“ s přihlašovaným označením „REDMAX“. V něm vyslovil, že *„nelze přisvědčit faktu, že by pouze ze shody slova označující obecně červenou barvu „RED“ by průměrný spotřebitel považoval přihlašované označení a namítanou slovní ochrannou známku za označení podobná.“* Obdobně pak odkazuje také na rozsudek ze dne 16. 7. 2009, č. j. 7 As 24/2009 - 142, ve kterém při porovnávání starší slovní známky „VIGOSS“ a přihlašovaného označení „VIGOUR“ shledal, že *„je zřejmé, že jejich první část („VIGO“) je shodná u obou označení, zároveň jde o jejich nejdelší část, a proto ji lze považovat za převažující při srovnání či lze hovořit o stejném slovním základu těchto označení. Pravděpodobnost záměny je však potřeba posuzovat v každém případě individuálně. Stejný slovní základ ochranných známek totiž nemusí automaticky znamenat jejich zaměnitelnost. Právě v posuzované věci jsou poslední dvě písmena natolik distinktivní, že jsou schopna vyvolat odlišný celkový dojem, který předmětná označení u průměrného spotřebitele vyvolávají, a to i s ohledem na společnou třídu výrobků.“* Tyto závěry lze vztáhnout i na nyní posuzovanou věc. Z uvedeného vyplývá, že i v případě, kdy se slovní označení shodují v klíčovém prvku, který může stát i na začátku označení, nemusí být nutně zaměnitelná. Je zřejmé, že porovnávaná označení „APETITO“ a „SMETANITO“ se v podstatných částech slov, která spotřebiteli asociují význam, liší. Právě tato významová slova budou přitahovat pozornost spotřebitele. Shodná koncovka „ITO“ sice oběma těmto označením dodá nádech slov s původem v latině či románských jazycích, nepovede však k jejich záměně či asociaci.

[89] Jestliže stěžovatel argumentoval svojí známkovou řadou založenou na koncovce „ITO“, ze které dovozoval příznačnost této koncovky pro sebe, nelze mu dát za pravdu. Jak správně poukazovali předseda Úřadu i městský soud v napadených rozhodnutích, principem známkové řady je existence neměnného prvku, který je v konkrétních ochranných známkách této řady doplňován. Namítanou řadu tvoří známky „APETITO“, „APETITO Svačinka“, „APETITO junior“, „APETITO MAXI“, „APETITO LINIE“, „APETITO XXL“, „APETITO MAXI XXL“. Je zřejmé, že namítaná řada neobsahuje různá označení, jejichž společným prvkem by byla koncovka „ITO“ (např. „TVAROHITO“, „JOGURTITO“, „CREMITO“). Neměnným prvkem, na kterém je známková řada stěžovatele založena, je jednoznačně slovo „APETITO“, které je v jednotlivých známkách doplňováno, nikoli pouze jeho poslední tři písmena „ITO“, jak se nyní snaží stěžovatel předestřít. Při takovém principu tvorby skládání jednotlivých ochranných známek nehrozí nebezpečí, že by do zmíněné známkové řady stěžovatele

spotřebitel zařadil napadené označení „SMETANITO“, neboť neobsahuje prvek, na němž je založena.

[90] Nejvyšší správní soud v této souvislosti pro úplnost dodává, že je nerozhodné, který subjekt užíval označení „APETITO“ v minulosti. Jestliže se touto skutečností městský soud zabýval, jeho posouzení nebylo pro případ relevantní. Nejvyšší správní soud však zdůrazňuje, že městský soud svůj závěr o nepříznačnosti koncovky „ITO“ pro známkovou řadu stěžovatele neučinil na základě skutečnosti týkající užívání označení „APETITO“ v době před zápisem ochranných známek stejného znění stěžovatelem, ale na základě toho, že známková řada stěžovatele je založena na celém výrazu „APETITO“, jak je rozebráno výše.

[91] K argumentaci stěžovatele, že předseda Úřadu ani osoba zúčastněná na řízení nepředložili žádný důkaz o tom, že by v rozhodném období byly na českém trhu nabízeny pod označením obsahujícím koncovku „ITO“ jiné mléčné výrobky než výrobky „APETITO“ stěžovatele, Nejvyšší správní soud uvádí, že předseda Úřadu ve svém rozhodnutí (s. 29) zmínil ochranné známky zapsané pro podobné výrobky ve třídě 29 (mléčné výrobky, sýry) končící na písmena „ITO“ („FITO“, „PELLITO“, „LATITO“, „PEPITO“ atd.). Nejvyšší správní soud však zdůrazňuje, že prokazování této skutečnosti bylo pro daný případ irelevantní. Rozhodným pro posouzení nebezpečí záměny bylo celkové působení porovnávaných ochranných známek, a to, zda byly v rejstříku zapsány, resp. na trhu přítomny další výrobky se shodnou koncovkou, na toto posouzení nemělo vliv.

[92] Stěžovatel dále namítal, že městský soud pochybil, jestliže odmítl, že označení „APETITO“ a „SMETANITO“ jsou relativně krátkými označeními. Nejvyšší správní soud konstatuje, že tato námitka je nedůvodná. Městský soud v napadeném rozsudku poukázal na rozhodnutí předsedy Úřadu, který stěžovateli vysvětlil, že obecně aplikovatelná hranice počtu písmen, slabik či slov, která by kategorizovala označení podle délky, nebyla judikaturou stanovena. Městský soud dále rekapituloval jednotlivé rozsudky, kterých se dovolával stěžovatel, a vyvozoval z nich, že nyní posuzovaná označení jsou relativně krátká. Ve stručnosti lze uvést, že z rozsudku Tribunálu ve věci T-117/02 Grupo El Pradi Cervera, SL v. OHIM, ve věci posuzování označení „CHUFI“ a „CHUFAFIT“ bylo jako krátké označeno pouze slovo „CHUFI“. Pokud jde o druhý poukazovaný rozsudek Tribunálu T-273/02 Krtiger GmbH & KG v. OHIM ve věci ochranných známek „CALPICO“ a „CALYPSO“, Nejvyšší správní soud shledává, že městský soud správně uvedl, že tato slova byla označena za „relativně krátká“. Zdůrazňuje však, že podstatou této námitky stěžovatele je jeho požadavek, aby byla označení „APETITO“ a „SMETANITO“ posouzena za použití pravidla uvedeného v posledně citovaném rozsudku, tj. „*pokud jde o relativně krátká slovní označení jako označení v projednávaném případě, jsou středové prvky stejně důležité jako prvky na začátku nebo na konci označení*“. Tomuto požadavku předseda Úřadu i městský soud vyhověli, když vázáni zrušujícím rozsudkem Nejvyššího správního soudu provedli celkové posouzení nyní porovnávaných označení (rozebráno výše, viz zejm. odst. 87 tohoto rozsudku).

[93] Jestliže stěžovatel namítá, že závěry městského soudu nevyplývají z citovaných rozhodnutí Tribunálu ve spojených věcech T-183/02 a T-184/02 El Corte Inglés, SA v.

OHIM (ochranné známky „MUNDICOLOR“ a „MUNDICOR“), rozsudek T-146/06 Sanofi-Aventis v. OHIM (ochranné známky „ATURION“ a „URION“), rozhodnutí SDEU T-133/05 Gérard Meric v. OHIM. Toto rozhodnutí se týká ochranných známek „PAM PAM“ a „PAM PIM'S BABY PROP“, rozhodnutí Tribunálu ve věci T-112/03 L'Oréal SA v. OHIM (Přihláška slovní ochranné známky „FLEXI AIR“ – Starší slovní ochranná známka „FLEX“), rozhodnutí Tribunálu ve věci T-129/01 José Alejandro, SL v. OHIM (Přihláška slovní ochranné známky Společenství „BUDMEN“ – Starší národní slovní ochranné známky „BUD“), Nejvyšší správní soud hodnotí tuto námitku jako nedůvodnou. Městský soud tyto rozsudky zmínil při rekapitulaci závěrů předsedy Úřadu, se kterým se ztotožnil, a to na podporu argumentace, že předseda Úřadu ve svém rozhodnutí nevytvořil vlastní výkladové pravidlo, ale při posuzování vycházel z judikatury SDEU.

[94] Námitka, že měl Úřad v daném případě aplikovat kompenzační princip definovaný v rozsudku SDEU ve věci c-39/97, je nedůvodná. Kompenzační princip spočívá v tom, že menší podobnost mezi výrobky a službami lze kompenzovat větší podobností mezi ochrannými známkami a naopak. Jak ale uvedl rozšířený senát Nejvyššího správního soudu v rozsudku ze dne 11. 10. 2016, č. j. 2 As 96/2015 - 59, „*z tzv. kompenzační zásady pak naopak nelze dovozovat, že větší podobností výrobků či služeb lze kompenzovat zjištěnou nepodobnost porovnávaných ochranných známek (viz rozsudek NSS ze dne 28. 5. 2008, č. j. 9 As 59/2007 - 141).*“ Vjem celkového působení posuzovaných označení je odlišný. Závěr, že kolidující označení si nejsou podobná v míře, která by nasvědčovala existenci nebezpečí záměny mezi nimi, je správný. Městský soud i Úřad tedy nepochybily, jestliže kompenzační princip neaplikovaly.

VIII. Závěr a náklady řízení o kasační stížnosti

[95] Nejvyšší správní soud ze všech shora uvedených důvodů dospěl k závěru, že kasační stížnost není důvodná, a proto ji podle § 110 odst. 1 věta druhá s. ř. s. zamítl. Ve věci rozhodl v souladu s § 109 odst. 2 s. ř. s., podle něhož rozhoduje Nejvyšší správní soud o kasační stížnosti zpravidla bez jednání, když neshledal důvody pro jeho nařízení.

[96] Výrok o náhradě nákladů řízení o kasační stížnosti se opírá o § 60 odst. 1 větu 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. Stěžovatel v řízení úspěch neměl, proto nemá právo na náhradu nákladů řízení. Žalovanému, který by jako procesně úspěšný účastník řízení o kasační stížnosti na jejich náhradu zásadně měl právo, žádné náklady nad rámec běžné úřední činnosti s tímto řízením nevznikly, a proto mu jejich náhradu soud nepřiznal (srov. usnesení rozšířeného senátu ze dne 31. 3. 2015, č. j. 7 Afs 11/2014 - 47). Pokud jde o náklady osoby zúčastněné na řízení, lze je podle § 60 odst. 5 s. ř. s. ve spojení s § 120 s. ř. s. přiznat pouze v případě plnění povinnosti uložené soudem či z důvodů zvláštního zřetele hodných; takové okolnosti soud neshledal.

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

V Brně dne 31. května 2018

JUDr. Marie Žišková
předsedkyně senátu